Les biens immobiliers matrimoniaux situés dans les réserves
Document de travail

Cornet Consulting & Mediation
Wendy Cornet and Allison Lendor
28 novembre 2002

Remerciements

Les personnes suivantes ont participé aux groupes de discussion sur les biens immobiliers matrimoniaux. Ces derniers ont accepté que leur nom soit mentionné à titre de remerciements :

Velma Mazie Baker
Theresa Bananish
Barbara Burton
Madeleine Dion Stout
Victoria Fred
Kim Ghostkeeper
Karen Green
Joanne E. C. Greene
Wendy Lockhart Lundberg
Edith Loring Kuhunga
Danalyn MacKinnon
Clara Moberly
Martha Montour
Haike Muller
Pam Paul
Margaret Penasse Mayer
Christine Zachary-Diom

Les biens immobiliers matrimoniaux situés dans les réserves Document de travail

Table des matières

Introduction	1
Problématique	2
Contexte historique	10
Contexte constitutionnel	14
Égalité et égalité entre les sexes	17
Rôles de la Couronne et des Premières nations dans la gestion des terres de réserve	24
Droits individuels d'occupation et d'utilisation des terres de réserve par les membres d'une bande	26
Droits de résidence dans les réserves	34
Droits des conjoints appartenant à une bande mais n'ayant pas le statut d'Indien	36
Droits de résidence des conjoints et des enfants qui ne sont pas membres de la bande	37
Droit provincial ou territorial à l'égard des biens matrimoniaux	39
Biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves	44
Unions de fait	53
Loi sur la gestion des terres des premières nations	61
Ententes sur l'autonomie gouvernementale	66
Mariages coutumiers	70
Droit coutumier autochtone	72

Violence familiale et foyer conjugal dans les collectivités des Premières nations 75

Législation provinciale et territoriale en matière de violence familiale 78

Recommandations de la CRPA sur la violence familiale 83

Recommandations de la CRPA en matière de droit de la famille 84

Projet de code relatif à la violence contre les femmes indiennes (États-Unis) 87

Conclusions 88

Les biens immobiliers matrimoniaux situés dans les réserves Document de travail

Le présent document a été préparé dans le cadre d'un contrat accordé par la Direction des questions féminines et de l'égalité entre les sexes du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. Les opinions qui y sont exprimées sont celles des auteurs et non celles du Ministère.

Comet Consulting & Mediation Inc.
Wendy Cornet et Allison Lendor
28 novembre 2002

Introduction

Depuis plusieurs années, les femmes des Premières nations[1] ont demandé instamment au gouvernement fédéral d'intervenir pour régler la question des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Parmi les mesures recommandées, on compte tant des modifications à la législation fédérale que l'accélération des démarches entreprises pour atteindre l'objectif de l'autonomie.

Le présent document de travail a pour objet de poursuivre la réflexion entreprise par divers intervenants sur la question des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves telle qu'elle se présente de nos jours. Le document traite des principales questions d'ordre juridique ayant une incidence sur les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves et du contexte politique dans lequel elles s'inscrivent.[2]

---

[1] Les termes « Première nation » ou « Premières nations » sont des termes génériques qui désignent les peuples autochtones du Canada assujettis à la *Loi sur les Indiens* fédérale et qui possèdent des terres de réserve qui étaient ou qui sont maintenant assujetties au régime de gestion foncière prévu par la *Loi sur les Indiens*. Selon le contexte, le terme *Indien* désigne le statut juridique de certaines personnes faisant partie des Premières nations en vertu de la *Loi sur les Indiens* fédérale (comme dans l'expression « Indian Status »). De même, le terme « bande » est utilisé si le contexte l'exige. Le terme « aborigène » est utilisé pour renvoyer à l'ensemble des peuples autochtones du Canada, y compris les Inuits et les Métis et d'autres peuples autochtones, sans égard à leur statut d'« Indien » en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Le terme « nations indiennes » est utilisé pour désigner les peuples autochtones des États-Unis, conformément à la pratique dans ce pays.

[2] Plus précisément, la Direction des questions féminines et de l'égalité entre les sexes du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien a demandé aux auteurs de rédiger un document de travail analysant les questions d'ordre politique et juridique que soulève le partage des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves et traitant des points suivants :
a) une analyse du partage des pouvoirs sur le plan constitutionnel en ce qui a trait au droit de la famille;
b) un survol de la législation fédérale, provinciale et territoriale en matière de droit de la famille applicable aux biens immobiliers matrimoniaux, y compris la possession et la possession provisoire du foyer conjugal, l'évaluation de celui-ci et le partage des biens immobiliers matrimoniaux;
c) un survol du droit applicable aux « mariages » et aux unions de fait traditionnels;
d) un survol des divers régimes d'attribution des terres dans les réserves, y compris les dispositions applicables de la *Loi sur les Indiens*;
e) un survol de la jurisprudence sur l'inapplicabilité du droit de la famille fédéral, provincial et territorial au

Problématique

Le droit est souvent le reflet de valeurs culturelles particulières. Le droit de la famille canadien, y compris celui relatif aux biens immobiliers matrimoniaux (tant la législation que la jurisprudence) traduit principalement les valeurs culturelles de peuples non autochtones et de la tradition juridique d'origine européenne.

L'analyse juridique appliquée dans la présente étude repose principalement sur les valeurs et les hypothèses typiques des traditions juridiques non autochtones, telles que le concept du droit de propriété des particuliers à l'exclusion d'autres membres du groupe. Cela découle de certaines réalités d'ordre juridique telles que le fait que la *Loi sur les Indiens* soit le moyen qui a été utilisé pour introduire et imposer les concepts de la propriété privée dans de nombreuses collectivités des Premières nations. (Voir la section de la présente étude intitulée « Contexte historique ».) La situation juridique prévalant à l'extérieur des réserves a aussi servi de barème pour comparer et évaluer la situation des personnes vivant dans les réserves. Comme l'illustre la présente étude, les concepts non autochtones de la propriété sont souvent considérés par les Premières nations comme ayant des répercussions défavorables et déstabilisatrices sur les cultures des Premières nations (et notamment sur les valeurs collectives à l'égard de la propriété). Une question centrale est celle de savoir comment la réforme du droit des biens immobiliers matrimoniaux devrait tenir compte des valeurs culturelles des Premières nations.

Les auteurs ont pu tirer parti de sources importantes qui se sont penchées sur les perspectives des Premières nations pour leur étude. Celles-ci comprennent le Rapport

---

partage des biens immobiliers matrimoniaux et aux ordonnances d'occupation et de possession des biens immobiliers lorsque le foyer conjugal se trouve dans une réserve;
f) un survol de la jurisprudence sur le partage des biens immobiliers en cas d'échec d'un mariage ou d'une union de fait traditionnel;
g) une analyse de l'incidence des limites à l'applicabilité du droit de la famille provincial dans les réserves;
h) un survol des lois provinciales et territoriales qui assurent une protection aux membres de la famille, y compris les conjoints et les conjoints de fait, en cas de violence familiale (et de toute jurisprudence sur l'applicabilité de ces lois dans les réserves et l'incidence des limites à leur application dans les réserves);
i) une description détaillée de la *Loi sur la gestion des terres des premières nations* et des exemples d'ententes sur l'autonomie gouvernementale portant sur le sort réservé aux biens immobiliers matrimoniaux en cas d'échec de la relation ou de violence familiale;
j) un survol des autres modèles pertinents dans un contexte hors réserve (p. ex. le cas où le foyer familial constitue un « logement subventionné »);
Outre les questions mentionnées aux alinéas g) et h), la prise en compte des situations de fait suivantes :
i) les deux conjoints ou conjoints de fait sont membres de la bande;
ii) un seul des conjoints ou conjoints de fait est membre de la bande;
iii) l'un ou les deux membres de la bande ont des enfants mineurs;
iv) la bande applique le système des certificats de possession;
v) la bande applique un système d'attribution des terres;
vi) il s'agit d'un mariage légal, d'une union de fait, ou d'un mariage traditionnel (coutumier);
vii) les biens immobiliers constituent le seul ou l'un des seuls actifs matrimoniaux;
viii) il n'y a pas d'autre logement disponible dans la réserve.

de la Commission royale sur les peuples autochtones[3], le Rapport de la Représentante spéciale sur la protection des femmes des Premières nations, qui présente un aperçu des préoccupations d'ordre juridique et politique des femmes des Premières nations[4] ainsi que de nombreuses études juridiques et universitaires rédigées par des universitaires, des défenseurs des droits et des organisations de femmes des Premières nations.[5]

Analyser les « biens immobiliers matrimoniaux » dans le contexte des réserves, d'une façon qui soit utile tant pour le gouvernement que pour les Premières nations, présente en soi des difficultés. Les opinions divergent concernant, par exemple, la mesure dans laquelle le système juridique canadien et la *Loi sur les Indiens* en particulier perpétuent des systèmes juridiques patriarcaux et culturellement oppressifs.[6] Cette étude ne peut prétendre concilier ces perspectives différentes. Elle démontrera toutefois que le régime de gestion foncière prévu par la *Loi sur les Indiens* a créé des obstacles considérables aux traditions et aux valeurs des Premières nations ayant trait aux terres et à la famille, ainsi qu'aux rapports des femmes avec leurs terres et leurs familles. Il faut prendre en considération ces répercussions dans toute mesure de réforme ou d'intervention ayant trait aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.

Les auteurs ont notamment eu l'heur de bénéficier des perspectives de femmes très bien informées qui ont participé à trois groupes de discussion sur les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves (les « groupes de discussion »). Les groupes de discussion ont été mis sur pied par la Direction des questions féminines et de l'égalité entre les sexes du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien et ont été tenus à Ottawa en mars et en juillet 2002. Au total, 40 femmes des Premières nations ont participé à ces discussions. Les discussions ne constituaient pas un processus de consultation formel du gouvernement. Les participantes ont bien voulu faire part de leurs connaissances et de leurs perspectives, et ont clairement indiqué qu'elles ne

---

[3] Commission royale sur les peuples autochtones, Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones (1997), vol. 4, chap. 2.

[4] Mavis A. Erickson, « Où sont les femmes? », Rapport de la Représentante spéciale sur la protection des droits des femmes des Premières nations, 12 janvier 2001.

[5] Voir par exemple, Association des femmes autochtones du Canada, *Matrimonial Property Rights* (Ottawa, 1991).

[6] Mary Ellen Turpel présente une analyse très cohérente des répercussions coloniales persistantes de l'approche adoptée par les tribunaux canadiens en ce qui concerne les questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves dans son article « Home/Land » (1991), *Canadian Journal of Family Law* 17. Deux arrêts de principe retiennent principalement son attention, soit *Derrickson* c. *Derrickson* et *Paul* c. *Paul*. Tout en reconnaissant que le droit n'est pas toujours oppressif, elle prétend que les perspectives des Premières nations, et en particulier celles des femmes des Premières nations, ne sont habituellement pas prises en compte ou sont écartées, même dans les affaires où les seules questions en jeu sont celles qui intéressent les collectivités des Premières nations, telles que le droit applicable aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.

consentaient pas à ce que l'on utilise leurs opinions pour justifier ou soutenir une mesure en particulier du gouvernement à l'avenir. Nous nous sommes largement inspirés des débats qui se sont déroulés dans les groupes de discussion pour tenter de présenter un portrait à jour du contexte global dans lequel s'inscrivent les questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.

La plupart des participantes aux groupes de discussion ont affirmé qu'il était essentiel de mettre au point des stratégies en matière de droit de propriété et de questions ayant une incidence sur les personnes dans tous les types de relations conjugales dans les réserves, c'est-à-dire mariées sous le régime de la loi provinciale, mariées sous le régime du droit coutumier autochtone, les unions de fait et les rapports entre personnes de même sexe. Des participantes dans les deux groupes se sont dit d'avis qu'il ne fallait pas se limiter à des interventions législatives, qu'il s'agisse du droit des Premières nations, du droit fédéral ou d'une combinaison du droit fédéral, provincial et des Premières nations. Notamment, les participantes ont constaté qu'il était essentiel de sensibiliser les intéressés aux questions relatives aux biens immobiliers matrimoniaux dans la collectivité des Premières nations en général, et pour toutes les personnes vivant dans les terres de réserve dans des relations conjugales, sans égard à leur statut d'Indien ou de membre d'une bande. Les personnes vivant dans les réserves ont besoin d'information et de conseils en ce qui a trait à l'état du droit dans ce domaine et sur leurs droits dans le cadre de leurs relations conjugales, et notamment du mariage, et lors de la dissolution de ces relations.[7]

Parmi les questions prioritaires devant faire l'objet d'information et de sensibilisation, on relève les femmes, les jeunes gens et les dirigeants des Premières nations. Certaines participantes se sont dit d'avis qu'il fallait aussi examiner d'autres questions liées aux « biens partagés » : par exemple les relations entre les clans et les adultes cohabitant dans des relations non conjugales pour de longues périodes telles que des soeurs ou le père ou la mère et un enfant adulte. La question des droits de propriété des membres de la famille ne vivant pas dans des relations conjugales déborde le cadre de la présente étude. Toutefois, ces préoccupations illustrent le contexte culturel global dans lequel s'inscrivent les questions liées aux « biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves », et comment les perspectives des Premières nations à l'égard de la famille et du droit de la famille sont souvent plus larges que celles des traditions juridiques d'origine européenne.

Les participantes aux groupes de discussion étaient tout à fait conscientes que les questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux n'avaient pas fait l'objet d'un intérêt très marqué au sein de la collectivité et que par conséquent, on manque d'information concernant les solutions traditionnelles et conçues par les Premières nations relatives à ces questions. Les participantes étaient très intéressées de savoir comment les collectivités et diverses Premières nations et les personnes les composant avaient réglé

[7] Nous faisons état des questions relatives aux relations entre personnes de même sexe lorsque celles-ci sont pertinentes à notre analyse globale.

ces questions, que ce soit par voie législative, par le moyen d'ententes ou grâce à des institutions communautaires telles que les conseils des aînés. De nombreuses participantes aux groupes de discussion, tout en se disant convaincues de la nécessité de sensibiliser toutes les composantes de la collectivité des Premières nations, craignaient qu'il soit dangereux de lancer des efforts d'information du public sans disposer des ressources nécessaires pour offrir de l'aide et des correctifs au besoin.

Les participantes aux groupes de discussion ont souligné que toute analyse des « droits relatifs aux biens immobiliers matrimoniaux » dans les réserves devrait également prendre en compte le contexte historique dans lequel ces questions se posent dans le cadre de la *Loi sur les Indiens*. Par exemple, le fait que la *Loi sur les Indiens* ait été la source de diverses barrières systémiques qui ont empêché les femmes des Premières nations d'obtenir des droits sur les terres dans les réserves doit faire l'objet de l'analyse -- des barrières telles que l'émancipation forcée et l'expulsion des réserves, et une préférence générale de la part des décideurs (les agents indiens par le passé et les conseils de bande aujourd'hui) consistant à attribuer les terres dans les réserves à l'homme seulement. (Voir l'analyse et les sources dans la section intitulée « Contexte historique ».)

Il est également important de reconnaître que l'utilisation du terme « biens immobiliers matrimoniaux » postule l'application de plusieurs concepts et hypothèses juridiques d'origine européenne tels que :

- la division des biens en biens « immobiliers » (les terres et les biens rattachés aux terres tels que les maisons) et en biens « mobiliers » (les espèces, les véhicules, les caisses de retraite, les effets domestiques et ainsi de suite);
- la « propriété » de parcelles de terrain par des individus leur conférant des droits opposables à tous;
- la capacité d'établir la valeur pécuniaire des terres et des choses;
- une définition juridique limitative des « conjoints » (qui ont souvent exclu les couples mariés sous le régime du droit coutumier autochtone, les unions de fait et les relations entre personnes de même sexe);
- la présomption que les questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux ne s'appliquent pas aux autres membres de la famille qui ne sont pas des « conjoints » ou « conjoints de fait » (toutefois, ces termes reçoivent des définitions différentes dans les lois fédérales et provinciales).

Dans le contexte d'une réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*, ces concepts et valeurs relatifs aux biens et à la famille viennent souvent en contradiction avec les lois et les valeurs des Premières nations. Les participantes aux groupes de discussion ont souligné que l'imposition de ces concepts par l'intermédiaire de la *Loi sur les Indiens* (par exemple l'attribution de terres à des personnes) a eu des répercussions importantes sur l'intérêt collectif dans l'intégrité culturelle et communautaire.

Les concepts juridiques d'origine européenne concernant les biens immobiliers matrimoniaux et les questions familiales ne prennent pas en compte des réalités et des

valeurs qui caractérisent plusieurs collectivités des Premières nations. Les participantes aux groupes de discussion ont relevé les facteurs suivants :

- le fait que les questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux débordent souvent le cadre des rapports entre les conjoints et peuvent s'étendre aux familles et aux clans;
- les questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves débordent le cadre des droits entre les personnes et s'inscrivent dans le contexte plus global des valeurs des Premières nations en ce qui a trait aux relations et aux obligations envers la terre;
- la valeur culturelle et collective des terres des Premières nations, y compris celles attribuées à des membres individuels d'une bande ou louées à des non-membres.

Outre les différences entre les valeurs et les hypothèses sous-jacentes, plusieurs éléments factuels permettent de distinguer les questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves au sens de la *Loi sur les Indiens* des situations à l'extérieur des réserves :

- l'absence de propriété en fief simple et de restrictions à l'aliénation des droits sur les terres dans les réserves des personnes qui ne sont pas membres d'une bande;
- le pouvoir décisionnel des conseils de bande pour déterminer l'attribution à des membres individuels et les droits de résidence des conjoints qui ne sont pas membres;
- les relations conjugales (qu'il s'agisse d'un mariage sous le régime du droit provincial, du droit coutumier autochtone, d'une union de fait ou d'une relation entre personnes de même sexe) mettent souvent en rapport des personnes ayant un statut juridique différent en vertu de la *Loi sur les Indiens* ou qui sont membres de différentes bandes ou ayant un statut de bénéficiaire différent en vertu d'une réclamation et, par conséquent, des droits de résidence différents dans les réserves;
- il arrive souvent que l'on dispose de ressources limitées en matière de terres ou de logements pour répondre aux besoins de tous les membres de leurs familles;
- les logements qui appartiennent à la bande se trouvent sur des terres de réserve communes ou des terres détenues par attribution à un membre individuel de la bande;
- il y a des distinctions dans la portée du droit provincial applicable aux droits de propriété immobilière sur les terres désignées par rapport aux droits de propriété immobilière sur les terres de réserve non cédées.

Les participantes ont donné des exemples d'autres domaines du droit pouvant avoir une incidence sur les biens immobiliers matrimoniaux, tels que les testaments et successions (un domaine également régi par la *Loi sur les Indiens* dans les réserves[8]).

[8] *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, chap. I-5, art. 42-50.

Bien que les règles juridiques relatives aux biens matrimoniaux hors réserve régissent souvent les droits du conjoint survivant aux biens immobiliers, cette question déborde le cadre de la présente étude qui s'intéresse aux questions soulevées par la rupture du mariage ou d'une autre relation conjugale entre couples composés de personnes de sexes opposés.

Tous ces facteurs illustrent que les questions liées aux biens immobiliers entre conjoints et partenaires dans différentes relations conjugales dans les réserves doivent être comprises dans le contexte plus large du traitement des terres dans les réserves en général. À cet égard, les dispositions applicables de la *Loi sur les Indiens* relatives à la gestion des terres, ou les autres régimes juridiques tels que celui établi par la *Loi sur la gestion des terres des premières nations*[9] ou encore les ententes sur l'autonomie gouvernementale et les arguments à l'appui de la reconnaissance de la compétence inhérente des Premières nations doivent être prises en compte. Cela suppose un examen de la portée du pouvoir décisionnel des conseils de bande en vertu des lois fédérales et du pouvoir législatif inhérent conféré par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans certaines collectivités, le pouvoir traditionnel exercé par les familles et les clans sur les questions liées aux terres sont une autre source de pouvoir décisionnel ayant une incidence sur les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.

Un autre facteur contextuel important est l'existence de processus permettant de réaliser et de mettre en oeuvre les droits à l'autonomie gouvernementale des Premières nations (par exemple dans le cadre des négociations ou des litiges relatifs à l'autonomie gouvernementale et aux droits fonciers). Ces négociations portent sur la compétence sur les terres et sur plusieurs autres questions. Quelque 88 tables de négociation étaient en activité en 2002 en application de la politique fédérale relative à l'autonomie gouvernementale.

La principale question est celle de savoir quelles mesures d'ordre politique et juridique doivent être prises pour répondre aux besoins et composer avec les droits des personnes qui résident dans les réserves dans des relations conjugales entre personnes de sexes opposés. Toute une panoplie de points de vue ont été exprimés dans les groupes de discussion afin de savoir si le législateur fédéral devait ou non jouer un rôle dans ce domaine. Certaines femmes des Premières nations ont estimé que la question devait être réglée par le droit des Premières nations uniquement. D'autres femmes constatent qu'il est urgent d'adopter des dispositions législatives prévoyant des recours juridiques de base et une protection en situation d'urgence, tels que des ordonnances provisoires relatives à la possession exclusive du foyer conjugal, et sont d'avis qu'il doit y avoir des dispositions législatives fédérales qui pallient cette lacune jusqu'à ce que des lois des Premières nations sur cette question soient adoptées dans le cadre de l'autonomie gouvernementale ou d'un autre mécanisme. On est fermement convaincu également que de simples modifications à la *Loi sur les*

[9] *Loi sur la gestion des terres des premières nations, L.C. 1999, chap. 24.*

Indiens ne pourraient en aucun cas constituer une solution appropriée sur le plan culturel pour les diverses Premières nations touchées et qu'elles risqueraient de créer de nouveaux problèmes. D'autres femmes encore croient que l'on pourrait envisager d'adopter une nouvelle loi fédérale portant expressément sur la question des biens immobiliers matrimoniaux. Dans l'ensemble, les participantes ont estimé qu'il était nécessaire d'analyser toutes les interventions législatives possibles dans le cadre d'un processus de consultation formel, tout en reconnaissant l'urgence de mettre en place des recours au niveau communautaire.

Dans l'un des groupes de discussion, on a noté que le processus de consultation, d'élaboration et d'adoption de mesures législatives fédérales pouvait être long (au moins deux à trois ans). Entre-temps, les femmes des Premières nations ont toujours besoin d'une protection et de recours dans l'immédiat. On a également souligné que toute réforme devait être transparente. Il faut donner aux personnes qui ont organisé leurs affaires en fonction du droit existant (par exemple dans le cadre d'ententes, notamment prénuptiales) des renseignements en temps opportun. En outre, toute nouvelle réforme ou initiative législative devrait éviter de bouleverser les processus de négociation actuels. Toutefois, jusqu'à ce que des ententes, notamment en matière d'autonomie gouvernementale, soient conclues, le régime de gestion des terres prévu par la *Loi sur les Indiens* continue de s'appliquer à la vaste majorité des bandes assujetties à cette loi. De nombreuses participantes aux groupes de discussion ont estimé que toute réforme devait respecter la reconnaissance du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale des Premières nations, chercher à accroître l'intérêt et la sensibilisation de la direction des Premières nations à cette question et donner de nouvelles occasions au pouvoir législatif des Premières nations qui soient compatibles avec la reconnaissance du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.

La question des droits immobiliers matrimoniaux dans les réserves fait l'objet d'une attention croissante tant au Canada qu'à l'échelle internationale par les organismes spécialisés dans les droits de la personne. Les femmes des Premières nations ont été appuyées par d'autres organismes tels que l'Association nationale de la femme et du droit (ANFD), le Comité canadien d'action sur le statut de la femme, l'Enquête publique sur l'administration de la justice et les peuples autochtones au Manitoba et le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies.

L'absence de recours en vertu des lois fédérales pour les femmes mariées dans les réserves qui sont habituellement offerts aux femmes mariées hors réserve en vertu du droit provincial a été caractérisée par l'Association nationale de la femme et du droit comme une violation de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (qui prévoit l'égalité devant la loi et la protection égale de la loi).[10] Les

[10] Association nationale de la femme et du droit, « The Civil and Political Rights of Canadian Women », On the Occasion of the Consideration of Canada's Fourth Report on the Implementation of the International Covenant on Civil and Political Rights, New York, 26 mars 1999. Voir aussi « 2000 Alternative Report on Canada Toward Women's Equality: Canada's Failed Commitment, Canadian Feminist Alliance for International Action », septembre 2000.

organisations des femmes des Premières nations ont également reçu l'appui du Comité canadien d'action sur le statut de la femme. Dans un rapport publié en 1998, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies (chargé de surveiller le respect des dispositions en matière d'égalité du Pacte international relatif aux droits civils et politiques) s'est inquiété du fait que le Canada ne garantissait pas aux femmes autochtones la même protection de la loi que celle offerte aux femmes non autochtones en ce qui a trait aux biens immobiliers matrimoniaux. [TRADUCTION] « Le Comité note que les femmes autochtones qui vivent dans les réserves ne jouissent pas du même droit, qu'ont les femmes vivant hors réserve, à une part égale des biens immobiliers en cas de rupture du mariage ».[11] Dans le Rapport final de l'Enquête publique sur l'administration de la justice et les peuples autochtones au Manitoba, il est recommandé que la *Loi sur les Indiens* soit modifiée pour prévoir le partage égal des biens en cas de rupture du mariage.[12] Dans le chapitre du Rapport consacré aux questions intéressant les femmes autochtones, on trouve la conclusion suivante :

> [TRADUCTION] La *Loi sur les Indiens* ne reconnaît pas le partage égal des biens au moment de la dissolution du mariage. Cela doit être rectifié. La modification de la *Loi sur les Indiens* n'est pas une grande priorité, nous le reconnaissons, ni pour le gouvernement fédéral ni pour les dirigeants autochtones du Canada, mais nous pensons néanmoins que cette question demande une attention immédiate. En ne traitant pas les femmes autochtones de façon juste et équitable, non seulement la Loi est fort probablement inconstitutionnelle, mais elle semble aussi inciter le ministère des Affaires indiennes et les administrations locales à la discrimination administrative en matière d'offre de logements et de services aux femmes autochtones.[13]

Une autre question importante est celle de savoir comment appliquer le principe juridique de « l'intérêt supérieur de l'enfant » dans le contexte des Premières nations. Par exemple, les intérêts des enfants qui résident dans les réserves doivent être un facteur important pour résoudre la question de la possession du foyer conjugal, tout en tenant compte du statut juridique différent des membres de la famille (parents/tuteurs et enfants) pour ce qui est du statut d'« Indien inscrit » en vertu de la *Loi sur les Indiens* et de l'appartenance à une bande. Également, le fait que de nombreux non-Indiens et non-membres d'une bande louent des terres de réserve (désignées à ces fins) et vivent dans différentes formes de relations conjugales doit être pris en considération.

---

[11] UN. E/C.12/1/Add.31, 4 décembre 1998, par. 29.

[12] *Rapport final de l'Enquête publique sur l'administration de la justice et les peuples autochtones au Manitoba*, volume 1, chap. 13 - Femmes autochtones, 29 juin 2001. On trouve le rapport sur le site Internet de la Commission de mise en oeuvre des recommandations sur la justice autochtone à l'adresse *http://www.ajic.mb.ca/volumel/chapter13.html*

[13] *Ibid.*

Contexte historique

Il faut dire quelques mots du contexte historique et politique dans lequel s'inscrivent les questions liées aux droits matrimoniaux dans les réserves.

Avant la colonisation européenne, de nombreuses sociétés des Premières nations étaient des sociétés matriarcales. Les missionnaires et d'autres représentants de l'Église ont découragé les aspects matrimoniaux des sociétés des Premières nations et favorisé l'adoption des normes européennes de domination et de contrôle des femmes par les hommes.[14] Suivant le droit coutumier de la nation mohawk par exemple, le foyer conjugal et ce qui s'y trouve appartiennent à l'épouse et les femmes ont traditionnellement exercé des rôles importants dans la prise de décision au sein de la collectivité.[15]

Lors de la constitution du Canada en 1867, la politique fédérale en matière d'affaires indiennes reflétait le parti pris patriarcal dans de nombreux domaines. Par exemple, la législation fédérale de 1869 à 1985 imposait des règles patriarcales pour déterminer le statut d'Indien, l'appartenance à une bande et le droit à la résidence dans une réserve. Lors du mariage à un homme d'une autre bande, les femmes des Premières nations étaient automatiquement transférées à la bande de leur mari. Les femmes étaient involontairement « émancipées » et séparées de leur collectivité et de leurs terres en vertu de ces règles. Pendant longtemps, les femmes des Premières nations ne pouvaient voter lors des élections au conseil de bande, entre autres incapacités juridiques.

Il ressort clairement des statistiques que les femmes des Premières nations ont supporté le poids des politiques d'assimilation mises en oeuvre par l'intermédiaire des dispositions d'admissibilité et d'émancipation de la *Loi sur les Indiens* : « Entre 1955 et 1975 (lorsque l'émancipation forcée des femmes a cessé), 1 576 hommes sont devenus émancipés (en même temps que 1 090 épouses et enfants), tandis que 8 537 femmes (auxquelles il faut ajouter 1 974 de leurs enfants) ont été émancipées de force et ont perdu leur statut d'Indienne. De 1965 à 1975, 5 % seulement des émancipations ont été volontaires, et 95 % ont été involontaires, dont la grande majorité visait des femmes. »[16]

---

[14] Teressa Nahanee, *Marriage As An Instrument of Oppression In Aboriginal Communities*, discours liminaire lors de la 11e conférence biennale de l'Association nationale de la femme et du droit sur le thème « Redifining Family Law: The Challenge of Diversity », St. John's, Terre-Neuve, 13 mai 1995.

[15] Martha Montour, « Iroquois Women's Rights with respect to matrimonial property on Indian Reserves » [1987] 4 *Canadian Native Law Reporter* 1; Robert A. Williams, « Gendered Checks and Balances: Understanding the Legacy of White Patriarchy in an American Indian Cultural Context » (1990) 4 *Georgia Law Review*. 1019.

[16] Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la commission royale sur les peuples autochtones*, 1997, vol. 4, chap. 2, CD ROM de la CRPA, Sept générations, Dossier 19116, citant Kathleen Jamieson, *La femme indienne devant la Loi : une citoyenne mineure* (Ottawa: Approvisionnement et Services, 1978).

Cette discrimination fondée sur le sexe s'inscrivait dans le contexte plus large de la politique des Affaires indiennes qui cherchait à éliminer les valeurs culturelles des Premières nations et à les assimiler. La protection de l'intérêt collectif dans les terres de réserve était une mesure protectrice temporaire en attendant l'élimination définitive des réserves consécutive à l'assimilation des peuples des Premières nations. L'objectif d'assimilation poursuivi par certaines dispositions discriminatoires en fonction du sexe en matière de statut d'Indien et d'émancipation ressort clairement des dossiers historiques et est constaté dans plusieurs sources faisant autorité. À titre d'exemple, voici une lettre du sous-surintendant général des Affaires indiennes au surintendant général (le ministre des Affaires indiennes) en 1920 :

> [TRADUCTION] « Lorsqu'une femme sauvage se marie en dehors de la bande, soit avec un sauvage non compris dans un traité, soit avec un Blanc, il est de l'intérêt du Ministère aussi bien que du sien, de rompre complètement sa relation avec la réserve et le mode de vie indien; le but de cet article était de nous permettre de commuer ses intérêts fonciers. L'expression « avec le consentement de la bande », très souvent, a été efficace pour empêcher cette rupture [...] La modification vise au même but que les articles proposés relatifs à l'émancipation, c'est-à-dire qu'elle enlève aux bandes non progressistes le pouvoir d'empêcher leurs membres d'accéder à la complète citoyenneté. »[17]

L'un des objectifs de la première *Loi sur les Indiens* refondue (*Loi sur les Indiens de 1876*) était de favoriser les droits de propriété et la possession de terres par des particuliers dans les réserves.[18] Les « billets de location » dont les droits acquis sont protégés par le paragraphe 20(3) par exemple, servaient à introduire les concepts européens de la propriété individuelle et favorisaient l'assimilation des personnes qui les détenaient.[19] Les billets de location conféraient des droits exclusifs d'occupation et de possession (mais non de propriété) à l'égard de certaines parcelles de terres de

---

[17] Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, 1997, vol. 4, chap. 2, CD ROM de la CRPA, Sept générations, Dossier 19104, citant la lettre du sous-surintendant général Scott à Arthur Meighen, surintendant général des Affaires indiennes (12 janvier 1920) reproduite dans ANC RG10, vol. 6810, dossier 470-2-3, vol. 7. D'autres sources comprennent Kathleen Jamieson, *La femme indienne devant la Loi : une citoyenne mineure* (Ottawa, Approvisionnement et Services, 1978); John Leslie et Ron Maguire, *The Historical Development of the Indian Act* (Ottawa, ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, Centre de la recherche historique et de l'étude des traités, 1978); John L. Tobias, *Protection, Civilization, Assimilation: An Outline History of Canada's Indian Policy*, (1976) 6 *Western Canadian Journal of Anthropology* 13; John Giokas, *The Indian Act: Evolution, Overview and Options for Amendment and Transition*, étude préparée pour la Commission royale sur les peuples autochtones.

[18] Wayne Daugherty et Dennis Madill, *Indian Government under Indian Act Legislation 1868-1951*, (Ottawa : ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, Centre de la recherche historique et de l'étude des traités, 1980), pp. 4 et 5.

[19] John L. Tobias, « Protection, Civilization, Assimilation: An Outline History of Canada's Indian Policy » dans J.R. Miller, éd. *Sweet Promises: A Reader on Indian-White Relations in Canada* (Toronto: University of Toronto Press, 1991), pp. 127 à 132.

réserve. Le système des certificats de possession actuel a remplacé les billets de location. Mais comme le soulignent Daugherty et Madill, une composante essentielle des politiques d'émancipation et de « civilisation » de l'époque était l'octroi d'une partie de la réserve en fief simple.[20] Ainsi, pendant un certain temps, les Indiens « émancipés » ont laissé les réserves, renoncé à leur statut juridique d'« Indien » et emporté une partie de la réserve avec eux. Il semble toutefois que les femmes qui étaient émancipées de force recevaient une partie des rentes des fonds de la bande mais aucune terre.[21]

Certaines Premières nations ont contré la menace de l'assimilation (y compris les menaces au fondement de la réserve que présentaient l'émancipation et les politiques fédérales d'attribution de terres à des particuliers) en refusant d'attribuer des terres à des particuliers ou de coopérer avec le système fédéral d'enregistrement de ces attributions. Pendant un certain temps, le gouvernement fédéral a réagi en retirant aux conseils de bande le pouvoir de procéder à des attributions individuelles et en le transférant au surintendant général des Affaires indiennes (le Ministre).[22]

En ce qui concerne l'attribution de terres de réserve à des particuliers, c'est généralement l'homme qui recevait le certificat de possession du foyer conjugal. La Commission royale sur les peuples autochtones a conclu comme suit :

> Rien n'interdit à des femmes de posséder des biens au moyen d'un certificat de possession. Mais l'effet cumulatif d'une série de textes législatifs qui ont exclu les femmes ou leur ont refusé le droit de propriété ou le droit de succession, ce à quoi il faut ajouter le langage sexiste qui apparaît dans les lois antérieures aux modifications de 1985, a engendré l'idée selon laquelle les femmes n'ont pas le droit d'obtenir de certificats de possession.[23]

Tous ces obstacles juridiques à l'égalité, et les intrusions dans les questions fondamentales ayant une incidence sur l'identité des femmes des Premières nations, ont perturbé les rôles traditionnels que jouaient les femmes en matière de gouvernance,

---

[20] Wayne Daugherty et Dennis Madill, *Indian Government under Indian Act Legislation 1868-1951*, (Ottawa : ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, Centre de la recherche historique et de l'étude des traités, 1980), pp. 4 et 5.

[21] *Ibid.*

[22] John L. Tobias, « Protection, Civilization, Assimilation: An Outline History of Canada's Indian Policy » dans J.R. Miller, ed. *Sweet Promises: A Reader on Indian-White Relations in Canada* (Toronto: University of Toronto Press, 1991), pp. 127 à 135.

[23] Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, 1997, vol. 4, chap. 2, (CD ROM de la CRPA, Sept générations, Dossier 26161)

leurs rapports avec les territoires traditionnels et leur rôle comme dépositaires des valeurs et des traditions culturelles.

Les modifications apportées en 1985 à la *Loi sur les Indiens* [24] visaient à supprimer les dispositions les plus discriminatoires fondées sur le sexe en ce qui concerne le statut d'Indien et l'appartenance aux bandes. Toutefois, une fois réintégrées en vertu des modifications apportées en 1985 à la *Loi sur les Indiens*, plusieurs femmes ont fait état de la difficulté d'obtenir un logement dans la réserve et d'établir leur résidence dans une réserve de leur propre chef.

Les répercussions conjuguées du colonialisme sur les traditions des Premières nations en matière de propriété des terres et sur les relations entre les sexes ont été graves et dommageables. Le régime de gestion foncière prévu par la *Loi sur les Indiens* entrait en contradiction avec le mode de relations entre les femmes et les hommes qui existait avant le contact avec les Européens, ainsi qu'avec les valeurs autochtones relatives aux terres et aux droits individuels et collectifs à l'égard des terres.[25] C'est en particulier le cas en ce qui concerne les droits des femmes des Premières nations de résider dans les terres de réserve et d'y détenir des droits à titre individuel, qu'elles soient célibataires, mariées, séparées ou divorcées. Les questions contemporaines relatives aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves s'inscrivent donc dans un contexte historique de privation de droits relativement cohérent, en vertu duquel les femmes des Premières nations ont été séparées des collectivités dans les réserves et où leurs intérêts, en tant que femmes, à l'égard des terres de réserve ont été ignorés.[26] Les droits immobiliers matrimoniaux à l'extérieur des réserves sont régis exclusivement par le droit provincial. Ils ont connu une évolution importante qui se poursuit à la lumière

---

[24] *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, L.C. 1985, chap. 27.

[25] Voir par exemple, Kathleen Jamieson, *La femme indienne devant la Loi : une citoyenne mineure* (Ottawa : Approvisionnement et Services, 1978); Martha Montour, « Iroquois Women's Rights with respect to matrimonial property on Indian Reserves » [1987] 4 *Canadian Native Law Reporter* 1; Mary Ellen Turpel, « Home/Land » dans (1991) *18 Canadian Journal of Family Law* 17; Robert A. Williams, « Gendered Checks and Balances: Understanding the Legacy of White Patriarchy in an American Indian Cultural Context » (1990) 4 *Georgia Law Review* 1019.

[26] La discrimination historique continue à l'égard des femmes des Premières nations est bien documentée. Voir par exemple, Joanne Fiske, « Political Status of Native Indian Women: Contradictory Implications of Canadian State Policy » (1995) 19 *American Journal of Culture and Research* 1; Kathleen Jamieson, *La femme indienne devant la Loi au Canada : une citoyenne mineure* (Ottawa : Conseil consultatif sur le statut de la femme, ministère des Approvisionnements et services du Canada, 1978); Sharon McIvor, « The Indian Act As Patriarchal Control Of Women » (1994) 1 *Aboriginal Women's Law Journal* 41; Mary Ellen Turpel-Lafond, « Patriarchy and Paternalism: The Legacy of the Canadian State for First Nation women » dans *Women and the Canadian State* (Montréal et Kingston : McGill, Queen's University Press, 1997), p. 64; Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol 4, Perspectives et réalités, chap. 2, Perspectives des femmes; Sally Weaver, « First Nation women and Government Policy, 1970-92: Discrimination and Conflict » dans *Changing Patterns*, sous la direction de Sandra Burt, Lorraine Code et Lindsay Dorney (Toronto : McClelland & Stewart, 1993).

des concepts contemporains de l'égalité entre les sexes et de l'évolution du concept de famille dans la société canadienne. La notion du partage égal des biens matrimoniaux que l'on trouve dans les lois provinciales et territoriales d'application générale a vu le jour dans les années 1970. Les droits des conjoints de fait et des conjoints de même sexe par rapport aux conjoints mariés en vertu du droit provincial font pour le moment l'objet d'un débat important et subissent une évolution marquée, car les tribunaux et les législateurs se penchent sur les répercussions de la *Charte* sur ces questions. En outre, les législateurs provinciaux et territoriaux ont également commencé à aborder la question de la violence familiale au moyen de dispositions législatives expresses en droit de la famille.

Dans les réserves, la *Loi sur les Indiens* demeure totalement muette sur la question des biens immobiliers matrimoniaux, alors que la *Loi sur la gestion des terres de premières nations* en traite spécifiquement. De façon générale, les ententes existantes d'autonomie gouvernementale n'abordent pas ce sujet.

Contexte constitutionnel

Selon les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les compétences en matière de droit de la famille sont partagées entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux. Outre le partage des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les provinces, il faut aussi tenir compte du pouvoir législatif que peut exercer une Première nation en vertu de son pouvoir législatif inhérent en application de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et celui du gouvernement fédéral en application de la compétence que lui confère la *Loi constitutionnelle de 1867*, sans oublier les obligations fiduciaires de la Couronne en ce qui a trait aux droits ancestraux et aux droits issus des traités. Plusieurs défenseurs du droit des Premières nations prétendent que toute intervention législative à l'égard de questions intéressant les collectivités des Premières nations doit découler de la compétence des Premières nations en application de l'article 35, plutôt que de la compétence législative fédérale en application du paragraphe 91(24).

Le droit de la famille relève pour l'essentiel du pouvoir législatif provincial en raison de la compétence provinciale sur la « propriété et les droits civils dans la province » conférée par le paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ce pouvoir comprend le droit des biens et le droit des obligations, ainsi que les questions relatives aux biens immobiliers matrimoniaux, aux aliments du conjoint et des enfants, à l'adoption, à la tutelle, à la garde, à la légitimité, à la filiation et au nom.[27] Le législateur provincial est également compétent pour adopter des lois concernant la « cérémonie du mariage dans la province » en application du paragraphe 92(12). Un autre chef de pouvoir important pour le législateur provincial (en ce qui a trait à l'application des droits

[27] Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2e édition, (Toronto : The Carswell Company Limited, 1985).

aux biens matrimoniaux) est l'« administration de la justice dans la province » en application du paragraphe 92(14).

Le pouvoir législatif fédéral comprend le pouvoir sur le « mariage et le divorce » conféré par le paragraphe 91(26) ainsi que sur les « Indiens, et les terres réservées aux Indiens» en application du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le pouvoir fédéral sur le divorce comprend les mesures accessoires sous forme de pensions alimentaires et d'aliments pour les enfants ainsi que des ordonnances de garde, mais ne comprend pas le pouvoir d'ordonner le transfert de biens immobiliers ou d'autres biens spécifiques.[28] Les lois provinciales peuvent également porter sur la pension alimentaire, les soins et la garde des enfants. Il est possible que des ordonnances rendues en application du droit provincial et des ordonnances rendues en application de la *Loi sur le divorce*[29] soient incompatibles. Selon une des sommités dans ce domaine, toute incompatibilité à cet égard devrait être résolue en faveur du pouvoir fédéral en raison du principe de la suprématie fédérale.[30]

Le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au gouvernement fédéral la compétence en ce qui a trait aux « Indiens et aux terres réservées aux Indiens ». Le paragraphe 91(24) comprend deux chefs de compétence : « le premier chef peut être exercé à l'égard des Indiens (et uniquement des Indiens), qu'ils résident ou non sur des terres réservées aux Indiens, ou aient quelque lien que ce soit avec celles-ci. Le second chef peut être exercé à l'égard des Indiens et des non-Indiens dans la mesure où cet exercice vise les terres réservées pour les Indiens. »[31]

La compétence fédérale à l'égard des « Indiens » comprend la compétence sur les questions qui relèveraient par ailleurs de la compétence provinciale. Cela explique la validité des dispositions de la *Loi sur les Indiens* fédérale concernant les successions et testaments et les dispositions visant les « déficients mentaux indiens » dans les réserves ou hors réserve. La question de savoir la portée de la compétence conférée par le paragraphe 91(24) dans les domaines qui relèvent normalement de la compétence provinciale fait toujours l'objet de débat. Le professeur Hogg s'est dit d'avis que les tribunaux confirmeraient vraisemblablement la validité des lois qui sont « rationnellement liées à des politiques intelligibles à l'égard des Indiens, même si ces lois débordaient normalement la compétence fédérale ». À cet égard, les lois concernant les biens des Indiens ont traditionnellement fait partie de la politique

---

[28] *Ibid*, p. 540.

[29] *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985 (2e suppl.), chap. 3.

[30] *Supra*, note 27, p. 541.

[31] *Supra*, note 27, p. 552.

fédérale à l'égard des Indiens.[32] Il ne semble y avoir aucun doute que le parlement fédéral a la compétence législative en ce qui concerne les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves, même si le pouvoir fédéral en la matière à l'extérieur des réserves est limité au pouvoir accessoire en matière de divorce. La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *P.G. du Canada* c. *Canard*, a statué que les dispositions en matière de successions et de testaments de la *Loi sur les Indiens* constituent un exercice valable de la compétence fédérale conférée par le paragraphe 91(24) et que cette compétence s'étend aux droits relatifs aux biens et aux droits civils des Indiens.[33]

Il semble donc que le paragraphe 91(24) permettrait l'application de dispositions législatives fédérales dans les réserves afin d'offrir des recours en cas de séparation ou de divorce tels que la possession provisoire du foyer conjugal ou la vente forcée du droit d'occupation. Bien que des droits de propriété sur les terres de réserve ne puissent être créés en application de la *Loi sur les Indiens* (et que les terres de réserve ne puissent être transférées ou vendues, sauf à la Couronne fédérale lorsque la bande les a cédées), les droits individuels de possession à l'égard de parcelles de terres peuvent être transférés ou vendus entre les membres d'une bande. Les membres individuels d'une bande peuvent être propriétaires de maisons ou d'autres bâtiments dans la réserve.

Le Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones (CRPA) reconnaît les pouvoirs inhérents existants des peuples autochtones comme un volet du droit à l'autodétermination au sein du Canada, et comme un droit constitutionnel protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Selon l'analyse de la CRPA, la compétence sur le mariage et les droits de propriété à l'égard des terres des Premières nations (telles que les terres de réserve assujetties à la *Loi sur les Indiens*) est au coeur de la compétence inhérente des Premières nations qui peut être exercée sans la négociation d'entente ou quelque autre forme de reconnaissance par les gouvernements fédéral ou provinciaux.[34] (Les recommandations de la CRPA sont examinées plus loin dans la présente étude.)

Le gouvernement fédéral a pour politique[35] de reconnaître l'existence d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La politique en matière d'autonomie gouvernementale des autochtones adoptée par le gouvernement fédéral en 1995 reconnaît que le pouvoir législatif sur le

---

[32] *Supra*, note 28, p. 554

[33] *P.G. du Canada* c. *Canard* [1976] 1 R.C.S. 170 (C.S.C.).

[34] Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, 1997, vol. 5, Vingt ans d'action soutenue pour le renouveau - Annexe A : Liste des recommandations, volumes 1 à 5, CD ROM Dossier 26161.

[35] Canada, *L'Autonomie gouvernementale des autochtones (Ottawa :* Affaires indiennes et du Nord Canada, 1995).

« mariage » et les droits de propriété dans les réserves fait partie inhérente du pouvoir législatif des Premières nations qu'il est disposé à débattre dans le cadre du processus de négociation visant à conclure des accords d'autonomie gouvernementale.[36] Suivant ce document de politique, le « divorce » est désigné comme un domaine qui continuerait à relever principalement du gouvernement fédéral, mais à l'égard duquel le gouvernement fédéral est disposé à négocier certains pouvoirs de compétence autochtone. Cependant, la volonté d'inclure une question comme objet de discussion dans le cadre de l'autonomie gouvernementale ne signifie pas, du point de vue du gouvernement fédéral, la reconnaissance de l'existence d'un droit inhérent de la part d'une Première nation.

La Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Campbell*[37] a reconnu un droit autochtone inhérent existant à l'autonomie gouvernementale qui constitue un droit protégé constitutionnellement par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le tribunal s'est fondé en partie sur une jurisprudence de common law reconnaissant le droit coutumier autochtone sur le mariage pour en venir à cette conclusion. Cette décision n'a pas été portée en appel. La Cour suprême du Canada ne s'est pas encore prononcée directement sur la question de savoir si l'article 35 protège un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.

Égalité et égalité entre les sexes

Le gouvernement du Canada considère l'égalité entre les sexes comme une valeur essentielle de sa politique qui doit guider l'élaboration de toutes les politiques et lois fédérales.[38] On considère que les objectifs de l'analyse portant sur l'égalité des sexes dans le contexte fédéral sont plus larges que les garanties à l'égalité prévues par la *Charte*[39] et au paragraphe 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982*[40]. Le ministère de la

---

[36] *Ibid.*

[37] *Campbell* c. *Attorney-General (British Columbia)* [2000] B.C.J. N° 1524 (C.S.C.-B.).

[38] Affaires indiennes et du Nord Canada, *Politique sur l'analyse comparative de l'égalité des sexes* (1999); Justice Canada, *La diversité et la justice : perspectives relatives à l'égalité des sexes (Guide sur l'analyse visant l'égalité des sexes)*, (1998); Statut des femmes Canada, *Plan fédéral pour l'égalité des sexes*. (1995).

[39] *Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Canada Act 1982* (R.-U.) 1982, chap. 11, art. 15 et 28. Il faut lire ces dispositions de concert avec l'article 25 qui prévoit que la présente *Charte*, qui garantit certains droits et libertés, ne porte pas atteinte aux droits ou libertés -- ancestraux, issus de traités ou autres -- des peuples autochtones du Canada.

[40] La *Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Canada Act 1982* (R.-U.) 1982, chap. 11 art. 35(4) garantit également aux personnes des deux sexes les droits ancestraux ou issus de traités indépendamment de toute autre disposition de la présente loi.

Justice déclare dans son guide sur l'analyse visant l'égalité des sexes ce qui suit :

> L'analyse selon la *Charte* permet de déterminer si les effets d'une loi ou d'un projet de loi sur les femmes risque de violer les droits à l'égalité garantis par la *Charte* tels que les tribunaux les définissent et les appliquent actuellement. L'analyse détermine si les effets d'une loi donnée satisfont aux critères juridiques de la discrimination.
>
> Par contraste, l'analyse visant l'égalité des sexes cherche à cerner et à supprimer les conséquences négatives que des lois, des politiques et des programmes peuvent avoir sur divers groupes de femmes, que ces conséquences constituent ou non de la discrimination aux termes de la loi. Le but de l'analyse est de formuler des lois, des programmes et des politiques qui sont plus efficaces, durables et équitables.[41]

Dans sa Politique sur l'analyse comparative de l'égalité des sexes, Affaires indiennes et du Nord Canada explique plusieurs termes en matière d'analyse comparative de l'égalité des sexes.[42] Le terme « sexe » est défini comme caractérisant les différences biologiques entre les femmes et les hommes, ainsi que l'ensemble des caractéristiques propres à une culture qui déterminent le comportement social des femmes et des hommes, et les rapports entre eux. On y lit aussi ce qui suit :

> Le terme « sexe » ne se réfère donc pas simplement aux femmes et aux hommes, mais aux rapports entre eux et à la façon dont ils sont établis par la société. Comme il s'agit d'une expression relationnelle, le sexe doit inclure les femmes et les hommes. Tout comme les concepts de classes, de races et d'origines ethniques, l'analyse selon les sexes permet de comprendre le processus social.[43]

L'« équité entre les sexes » est le fait d'être juste envers les femmes et les hommes, alors que l'expression « égalité entre les sexes » désigne l'égalité de statut et le droit égal de jouir de certains droits humains fondamentaux :

> « L'égalité entre les sexes » signifie que les femmes et les hommes ont le même statut et qu'ils jouissent des mêmes conditions pour réaliser pleinement leurs droits humains et des mêmes aptitudes pour contribuer au développement national, politique, économique,

---

[41] Canada (Ministère de la Justice), *La diversité et la justice : perspectives relatives à l'égalité des sexes, Guide sur l'analyse visant l'égalité des sexes*. Le texte se trouve sur le site Internet du ministère de la Justice à l'adresse http://canada.justice.gc.ca/fr/dept/pub/guide/intro.htm

[42] Affaires indiennes et du Nord Canada, *Politique sur l'analyse comparative de l'égalité des sexes* (1999), p. 6.

[43] *Ibid.*

> social et culturel d'une société ainsi que pour bénéficier des résultats. L'égalité entre les sexes est donc la valorisation par la société des similarités et des différences entre les femmes et les hommes et des rôles différents assumés par ceux-ci.[44]

Bien que certaines personnes des Premières nations s'attendent à ce que les valeurs d'égalité de la *Charte* s'appliquent intégralement aux collectivités des Premières nations et souscrivent également à l'égalité entre les sexes, d'autres ont relevé des problèmes dans l'application de la *Charte* et les concepts d'égalité entre les sexes dans la société canadienne dans son ensemble dans le contexte des Premières nations.

Tout d'abord, les analyses occidentales conventionnelles des droits, y compris l'analyse des droits à l'égalité, supposent la qualification des droits, des intérêts et des personnes, ce qui entraîne l'éclatement du volet collectif en ce que l'on estime être des composantes « différentes ». Ce processus d'étiquetage est considéré par certains chercheurs des Premières nations comme ayant pour effet inévitable de polariser ou d'aggraver les divisions et les « différences » auxquelles a donné lieu le processus de colonisation.[45] Si l'on accepte cette analyse, les recours proposés pour redresser l'inégalité entre les sexes dans le contexte de la *Loi sur les Indiens* doivent également promouvoir la cohésion sociale et le règlement des conflits. Quoi qu'il en soit, cela illustre la nécessité d'engager le dialogue avec les collectivités des Premières nations concernant la conception des droits et du rôle que les droits jouent ou devraient jouer dans leur collectivité. Ces préoccupations soulignent le fait que les droits immobiliers matrimoniaux ne constituent pas « seulement » une question intéressant les femmes. Ils ont une incidence sur la collectivité entière, tout en ayant des répercussions très importantes sur la place qu'occupent les femmes des Premières nations dans leur collectivité.

Deuxièmement, certaines femmes (et certains hommes) des Premières nations craignent que l'application des valeurs d'égalité et des notions d'égalité entre les sexes de la *Charte* entraîne un traitement identique pour les femmes et pour les hommes malgré les déclarations judiciaires[46] et des énoncés de politiques fédérales au contraire, tels que celui-ci :

---

[44] *Ibid.*

[45] Voir par exemple, James [saké j] Youngblood Henderson, « First Nations' Legal Inheritances in Canada: The Mikmaq Model » (1996), 23 *Manitoba Law Journal* 1; Patricia A. Monture-Okanee, « The Roles and Responsibilities of Aboriginal Women: Reclaiming Justice » (1992), 56 *Saskatchewan Law Review* 237; Mary Ellen Turpel, « Patriarchy and Paternalism: The Legacy of the Canadian State for First Nation women » (1993) 6 *Canadian Journal of Women and the Law* 174.

[46] « Il faut cependant reconnaître dès le départ que toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et, aussi, qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités. » Le juge McIntyre, dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 164.

> Cette démarche vers l'égalité de fait adoptée par les tribunaux au Canada reconnaît que réserver un traitement absolument identique à des personnes ayant des besoins, des ressources et des conditions de vie différents peut perpétuer l'inégalité. L'obligation de garantir le bénéfice égal de la loi s'adapte bien et équitablement aux différences en fait de caractéristiques personnelles, de conditions socioéconomiques et de situation afin de parvenir à une égalité plus parfaite du point de vue des résultats sociaux.[47]

Certaines femmes des Premières nations estiment que les tribunaux ne tiennent toujours pas suffisamment compte de pareils facteurs contextuels, et reflètent encore moins la compréhension des contextes culturels des Premières nations.[48] Certaines participantes aux groupes de discussion se sont demandé si l'analyse courante de l'égalité et de l'égalité entre les sexes pouvait aider les femmes des Premières nations qui cherchaient à retrouver leur rôle et leur place traditionnels dans les collectivités des Premières nations, tels que le rôle important et central des femmes dans les sociétés matriarcales. Certaines femmes des Premières nations prétendent que lorsqu'il s'agit des garanties en matière d'égalité, l'article 25 de la *Charte* doit être pris en compte pour protéger les droits et libertés ancestraux, issus de traités et autres des Premières nations.[49] Selon ce point de vue, les perspectives des Premières nations sur les rôles et responsabilités des personnes et les rapports des personnes avec la collectivité doivent faire partie de pareille analyse.

D'autres femmes des Premières nations sont tout aussi convaincues que les femmes ne peuvent retrouver la place qui leur revient dans les collectivités des Premières nations que si les valeurs d'égalité de la *Charte* s'appliquent à toutes les lois, qu'elles soient d'origine fédérale ou des Premières nations.

Dans l'arrêt *Campbell* c. *British Columbia (Attorney General)*, M. le juge Williamson s'est exprimé comme suit sur les rapports entre les droits et les droits autochtones garantis par la *Charte* dans le cadre du rôle de l'article 25 de la *Loi constitutionnelle de 1982* :

> [TRADUCTION] Dans l'interprétation de cette disposition, il faut se rappeler que la nature collective des droits autochtones est à première

---

[47] Justice Canada, *La diversité et la justice : Perspectives relatives à l'égalité des sexes (Guide sur l'analyse visant l'égalité des sexes)*, (1998).

[48] Mary Ellen Turpel , « Home/Land » dans (1991) 18 *Canadian Journal of Family Law* 17; Vina Starr, « The Charter and Aboriginal Rights », dans *The Charter: Ten Years Later*, Actes du colloque tenu en avril 1992 par l'Association du barreau canadien et le ministère de la Justice du Canada (Cowansville, Québec : Les Éditions Yvon Blais, 1992), p. 153.

[49] L'article 25 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit notamment ce qui suit : « Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits et aux libertés -- ancestraux, issus de traités ou autres -- des peuples autochtones du Canada... »

> vue incompatible avec le concept européen ou nord-américain des droits individuels formulé dans la *Charte*.[50]

M. le juge Williamson a conclu que le peu de jurisprudence sur la question donnait à entendre que l'article 25 servait de « bouclier » pour protéger les droits ancestraux, issus de traités et autres contre les répercussions défavorables des dispositions de la *Charte*.[51] Il faut souligner toutefois que dans l'affaire Campbell, le tribunal ne devait pas trancher des questions de discrimination fondée sur le sexe. Par conséquent, il n'a pas traité de la question de l'interprétation conjuguée des articles 28[52] et 25 dans une affaire de discrimination fondée sur le sexe dans le contexte des Premières nations.

La Cour suprême du Canada ne s'est pas encore prononcée de façon définitive sur la portée à accorder à l'article 25. Dans l'arrêt *Corbiere*[53], la Cour, à la majorité, a statué que, compte tenu de l'argumentation limitée présentée sur l'application possible de l'article 25 de la *Charte*, il ne conviendrait pas d'énoncer des principes généraux relativement à l'article 25 (aux paragraphes 20 et 53). Néanmoins, M[me] la juge L'Heureux-Dubé, dans un jugement dissident (auquel les juges Gonthier, Iacobucci et Binnie ont souscrit) a fait les remarques générales suivantes concernant l'article 25 :

> ...le seul fait qu'une mesure législative concerne les autochtones ne la fait pas entrer dans le champ d'application des « autres » droits ou libertés visés à l'article 25. Étant donné qu'on n'a pas fait la preuve de l'application de l'article 25 et que l'argumentation sur cette question a été extrêmement limitée, il ne conviendrait pas d'énoncer, en l'espèce, une approche générale à l'égard de l'article 25. En particulier, je ne me prononcerai pas sur l'incidence des mots « ne porte pas atteinte » sur l'analyse effectuée en vertu d'autres dispositions de la *Charte* lorsque l'art. 25 s'applique, ou sur la question de savoir si cet article « protège » les droits qu'il vise contre l'application de la *Charte*. J'estime également qu'il n'est pas nécessaire de statuer sur la portée des « autres » droits ou libertés protégés par cet article. Ces questions seront tranchées lorsqu'elles seront directement soulevées et que notre Cour aura eu davantage d'arguments exhaustifs à leur sujet. Toutefois, je dois souligner, et c'est une question dont je vais traiter plus loin, que l'approche contextuelle applicable à l'égard de l'art. 15 commande que l'analyse du caractère

---

[50] *Campbell* c. *Attorney-General (British Columbia)* [2000] *British Columbia Judgments* N° 1524 (C.S.C.-B.), par. 155.

[51] *Ibid.*, paragraphe 156.

[52] L'article 28 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit ce qui suit : « Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes. »

[53] *Corbiere* c. *Canada*, [1999] 2 *Recueils de la Cour suprême du Canada, 203* (C.S.C.).

> égalitaire des dispositions se rapportant aux Autochtones prenne en compte et respecte le patrimoine et la spécificité autochtones, ainsi que la reconnaissance des droits ancestraux et issus de traités, et mette l'accent sur l'importance qu'ont pour les Canadiens d'origine autochtone, leurs valeurs et leur histoire.[54] (Le souligné est de nous.)

Bien que l'interprétation et la portée de l'article 25 de la *Loi constitutionnelle de 1982* déborde le cadre de la présente étude, ces questions sont manifestement pertinentes au débat sur l'application des garanties relatives à l'égalité à l'égard des collectivités des Premières nations. Les femmes des Premières nations, quel que soit le point de vue qu'elles adoptent dans ce débat, ont des interrogations et des préoccupations à l'égard du rôle que l'article 25 de la *Charte*, de même que les articles 15 et 28 et le paragraphe 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, jouent dans la conception que se fait le gouvernement fédéral de l'égalité entre les sexes sur le plan juridique et de manière plus générale.

Il ressort clairement de la jurisprudence et des énoncés de politiques fédérales que l'analyse de l'égalité et l'analyse de l'égalité entre les sexes en vertu de la *Charte* doivent prendre en compte les facteurs contextuels pertinents tels que l'existence de formes multiples de discrimination et d'inégalité sociale. Cette approche reconnaît que les femmes des Premières nations peuvent faire l'objet de plusieurs formes de discrimination ou d'inégalité sociale en même temps (c.à-d. portant sur des questions telles que la race, le sexe, la culture, la pauvreté ou le statut conjugal). La *Charte canadienne des droits et libertés* reconnaît qu'une pratique discriminatoire peut inclure une pratique fondée sur plus d'un motif de discrimination ou sur une combinaison de motifs prohibés.[55] Comment procéder à l'analyse d'une pareille discrimination fondée sur des motifs multiples est moins évident. Il s'agit d'un domaine relativement peu exploré par les tribunaux et l'analyse des politiques fédérales dans le contexte des Premières nations.[56]

Dans le contexte des questions entourant les droits immobiliers matrimoniaux dans les réserves, pareille analyse reconnaîtrait que les femmes des Premières nations ont historiquement été l'objet de racisme et de sexisme et d'autres formes de discrimination en raison de la *Loi sur les Indiens*. Par exemple, l'imposition de concepts non autochtones de droits de propriété privés ou individuels, conjuguée à de nombreuses formes de partis pris patriarcaux, ont permis aux hommes des Premières nations de devenir les principaux détenteurs de certificats de possession dans les réserves. Cela a ainsi contribué à écarter plusieurs femmes des Premières nations de leur rôle traditionnel comme femmes,et a eu des répercussions défavorables sur leurs relations

---

[54] *Corbiere* c. *Canada*, [1999] 2 *Recueils de la Cour suprême du Canada, 203* (C.S.C.), par. 52 à 54.

[55] *Loi canadienne des droits de la personne*, L.R.C. 1985, chap. H-6, art. 3.1.

[56] L'affaire *Rivers v. Squamish Indian Band* [1994] CHRD N° 3 est un exemple où le tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique a reconnu l'existence de discrimination multiple dans une collectivité des Premières nations.

avec les hommes et sur la relation des femmes des Premières nations aux terres des Premières nations. En ce qui concerne les biens immobiliers matrimoniaux, les conséquences combinées du colonialisme (c.à-d. la suppression ou le remplacement des valeurs culturelles des Premières nations, conjugués au parti pris favorable aux hommes) ont fait que plusieurs femmes se sont trouvées dans une position juridique désavantageuse lors de la rupture de leur mariage ou de leur union de fait.

L'analyse de l'égalité entre les sexes dans un contexte qui prend en compte d'autres questions en matière d'égalité auxquelles font face les femmes des Premières nations pourrait signifier que l'égalité entre les sexes en ce qui a trait aux biens immobiliers matrimoniaux ne peut être réglée efficacement sans que l'on procède parallèlement à une analyse et au règlement de la façon dont la *Loi sur les Indiens* et d'autres lois fédérales perpétuent la suppression des valeurs culturelles des Premières nations en matière de terre et de famille.

Une analyse complète de l'égalité entre les sexes doit également reconnaître que les femmes des Premières nations peuvent subir des répercussions défavorables en ce qui a trait aux biens immobiliers matrimoniaux du fait de l'application de la *Loi sur les Indiens* et des décisions prises par les conseils de bande dans les collectivités des Premières nations sur des questions telles que l'appartenance à une bande. Certaines femmes qui cherchent à réintégrer la bande dans laquelle elles sont nées (après la rupture de leur mariage à un homme d'une autre bande) ont perdu leur appartenance aux deux bandes, et ainsi perdu leurs droits en ce qui a trait à l'attribution de terres dans les réserves de l'une et l'autre bande. L'affaire *George* c. *George* illustre bien cette situation, comme l'explique M. le juge Coultas de la Cour suprême de la Colombie-Britannique :

> [TRADUCTION] M^me^ George est née dans la bande indienne de Squamish. Son mari est membre de la bande indienne de Burrard. Lorsqu'ils se sont mariés, en vertu de la *Loi sur les Indiens* qui s'appliquait alors, M^me^ George a dû renoncer à l'appartenance à sa propre bande pour devenir membre de la bande de son mari. Pour l'instant, elle est « apatride », car après le divorce, elle a demandé à réintégrer la bande de Squamish. Sa demande n'a pas encore été examinée par le chef et le conseil. En présentant sa demande, elle a perdu son appartenance à la bande de Burrard.[57]

On comprend de mieux en mieux les répercussions qu'ont le sexe et la race sur le bien-être socioéconomique des femmes des Premières nations « comme personnes, comme

---

[57] *George* c. *George* [1993] 2 *Canadian Native Law Reporter* 112 (C.S.C.-B.) conf. [1997] 2 *Canadian Native Law Reporter* 62; (1996), 24 *Reports of Family Law* (4th) 155; 139 *Dominion Law Reports* (4th) 53; 81 B.C.A.C. 62; 132 W.A.C. 63 (C.A.C.-B.); motifs additionnels à (1997), 30 *British Columbia Law Reports* (3D) 107; 27 *Reports of Family Law* (4th) 81; 91 B.C.A.C. 163; 148 W.A.C. 163 (C.A.C.-B.).

mères et comme membres de leur communauté ».[58] En outre, les femmes des Premières nations ont clairement indiqué que « la discrimination sexuelle à laquelle les femmes font face quotidiennement ne peut être séparée du double héritage du colonialisme et du racisme qui continuent de marginaliser les peuples autochtones et de dénigrer leur culture et leurs traditions. »[59]

Rôles de la Couronne et des Premières nations dans la gestion des terres de réserve

Dans le système juridique canadien, le titre sur les terres de réserve indienne est détenu par la Couronne fédérale à l'usage et au profit des Premières nations par l'intermédiaire des bandes reconnues en vertu de la *Loi sur les Indiens*.[60] L'article 29 de la *Loi sur les Indiens* déclare les terres de réserve insaisissables sous le régime d'un acte judiciaire.

La nature des droits des Premières nations sur les terres de réserve a été décrite comme suit par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Guérin :

> Les Indiens ont le droit en common law d'occuper et de posséder certaines terres dont le titre de propriété est finalement détenu par Sa Majesté. Bien que leur droit n'équivaille pas, à proprement parler, à un droit de propriété à titre bénéficiaire, sa nature n'est pas définie complètement par la notion d'un droit personnel. Il est vrai que le droit *sui generis* des Indiens sur leurs terres est personnel en ce sens qu'il ne peut être transféré à un cessionnaire, mais il est également vrai, comme nous allons le constater plus loin, que ce droit, lorsqu'il est cédé, a pour effet d'imposer à Sa majesté l'obligation de fiduciaire particulière d'utiliser les terres au profit des Indiens qui les ont cédées. Ces deux aspects du titre indien vont de pair, car, en stipulant que le droit des Indiens ne peut être cédé qu'à eux-mêmes, Sa majesté voulait au départ être mieux en mesure de représenter les Indiens dans les négociations avec des tiers. Le droit des Indiens se distingue donc surtout par le fait que Sa majesté est tenue d'administrer les terres pour le compte des Indiens lorsqu'il y a

---

[58] Sandra Elgersma et al., *Aboriginal Single Mothers In Canada, 1996: A Statistical Profile*, Affaires indiennes et du Nord Canada, Introduction.

[59] Statut de la femme Canada, *Aboriginal Women's Roundtable On Gender Equality*, du 30 mars au 1er avril 2000, p. 4.

[60] L'article 18 prévoit que Sa Majesté détient des réserves à l'usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté; sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des stipulations de tout traité ou cession, le gouverneur en conseil peut décider si tout objet, pour lequel des terres dans une réserve sont ou doivent être utilisées, se trouve à l'usage et au profit de la bande. Voir également la définition du terme « réserve » à l'article 2 de la Loi.

> eu cession de ce droit. Toute description du titre indien qui va plus loin que ces deux éléments est superflue et risque d'induire en erreur.[61]

Historiquement, le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien a été chargé de l'administration et de la gestion des terres de réserve au profit des Premières nations. Font exception à cette règle générale les Premières nations qui ont négocié des ententes d'autonomie gouvernementale ou de droit foncier portant sur la gestion des terres et les 14 Premières nations qui ont négocié une entente cadre menant à l'adoption de la *Loi sur la gestion des terres de premières nations* fédérale (LGTPN). Bien que la vaste majorité des Premières nations au Canada demeurent assujetties au régime de gestion des terres prévu par la *Loi sur les Indiens*, la LGTPN suscite beaucoup d'intérêt et de nombreuses autres bandes assujetties à la *Loi sur les Indiens* pourraient choisir de se prévaloir de ses dispositions à l'avenir. En vertu de la LGTPN, les Premières nations doivent adopter un code foncier global, y compris des dispositions applicables aux droits immobiliers matrimoniaux. Une fois un code foncier valable adopté, le nouveau régime foncier des Premières nations remplace celui prévu par la *Loi sur les Indiens*.

L'article 60 de la *Loi sur les Indiens* prévoit que le gouverneur en conseil peut accorder à une bande (à sa demande) le droit d'exercer, sur des terres situées dans une réserve qu'elle occupe, le contrôle et l'administration qu'il estime désirables. Ce pouvoir délégué permet aux bandes d'autoriser des attributions et d'autres opérations entre les membres de la bande et de signer des baux et d'autres ententes pour le compte du ministre. L'alinéa 81(1)(i) de la *Loi sur les Indiens* prévoit que les bandes peuvent prendre des règlements administratifs relatifs à l'arpentage des terres de la réserve et leur répartition entre les membres de la bande ainsi que la mise à part de terres de la réserve pour usage commun, dans la mesure de l'autorisation accordée aux termes de l'art. 60.

Une décision rendue en Colombie-Britannique, *Dunstan* c. *Dunstan*[62], donne à entendre que la distinction entre les terres de réserve non cédées et les terres de réserve désignées peut être importante en ce qui concerne l'application du droit de la famille provincial au droit foncier sur les terres désignées. (Cette question est traitée plus en détail ci-après.)

Les terres désignées sont définies à l'art. 2 de la *Loi sur les Indiens*. En termes plus généraux, la nature des terres désignées a été expliquée comme suit :

> Terre retenue au profit d'une Première nation et destinée à un usage particulier pour une période de temps donnée à la suite d'une procédure

---

[61] *Guérin* c. *R.*, [1984] 2 R.C.S. 335, p. 382.

[62] *Dunstan* c. *Dunstan*, (2002) 100 *British Columbia Law Reports* (3d) 156 (C.S.C.-B., le juge dans son cabinet).

> de désignation comportant une acceptation du gouverneur en conseil (par exemple, les parcs industriels, les baux à long terme, le développement urbain). Les terres désignées conservent leur statut de réserve en vertu de la Loi à de nombreuses fins, mais avec plusieurs exclusions importantes. Ces exclusions ont pour but d'interdire diverses transactions particulières au regard des terres désignées, dont celles liées aux attributions en vertu des articles 20 à 25... En raison des possibilités que le titre foncier retourne à la province, aucune désignation n'a été effectuée au Québec.[63]

Les conseils de bande ont des pouvoirs réglementaires et fiscaux sur les terres désignées qui ont été louées par la bande à des fins de mise en valeur. Les droits découlant d'un bail sur une terre désignée peuvent toutefois faire l'objet d'une hypothèque, ce qui constitue une dérogation à la règle générale énoncée à l'article 89 voulant que les terres de réserve ne puissent faire l'objet d'une hypothèque (paragraphe 89(1.1)).

Droits individuels d'occupation et d'utilisation des terres de réserve par les membres d'une bande

Suivant le régime foncier prévu par la *Loi sur les Indiens*, il n'y a aucun droit de propriété en fief simple sur les terres de réserve. Il y a un système d'attribution de droits individuels de possession de parcelles spécifiques de terres de réserve. Le terme « attribution » signifie que le conseil de la Première nation a octroyé un droit d'usage et d'occupation d'une terre de réserve à un membre d'une Première nation.[64]

En vertu de l'article 20, les conseils de bande ont le pouvoir d'attribuer des terres dans une réserve, avec l'approbation du ministre. Le paragraphe 20(1) prévoit qu'un Indien n'est légalement en possession d'une terre dans une réserve que si, avec l'approbation du ministre des Affaires indiennes, la possession de la terre lui a été accordée par le conseil de la bande. Les dispositions en matière d'attribution de terres de la *Loi sur les Indiens* ne s'appliquent pas aux terres désignées (voir la définition de « réserve » à l'article 2).

La *Loi sur les Indiens* exige que l'attribution de terres de réserve aux membres de la bande soit autorisée par le conseil de bande et approuvée par le ministre des Affaires indiennes, ou par le conseil de bande pour le compte du ministre lorsque ce pouvoir a été délégué tel que nous l'avons mentionné plus haut : [TRADUCTION] « ...aucune disposition législative n'autorise les membres individuels d'une bande à exercer par la

---

[63] Affaires indiennes et du Nord Canada, 1999, « Pour mieux comprendre le cadre réglementaire du prêt commercial dans les réserves indiennes », p. 8.

[64] *Ibid.*, p.1.

possession le droit d'utilisation et de profit qui est détenu en commun pour tous les membres de la bande ».[65]

Le pouvoir d'attribution du conseil de bande doit respecter les exigences de l'alinéa 2(3)*b*) relatif à l'exercice des pouvoirs du conseil de bande conféré au conseil de bande, c'est-à-dire qu'il doit être exercé en vertu du consentement donné par une majorité des conseillers de la bande présents à une réunion du conseil dûment convoquée.[66] Bien que les résolutions des conseils de bande ne soient pas mentionnées dans la *Loi sur les Indiens*, les attributions sont généralement faites de cette façon.

Selon le paragraphe 20(3), les personnes qui détenaient un billet de location valide le 4 septembre 1951 sont censées détenir un certificat de possession à cet égard. Lorsque le ministre diffère son approbation d'un certificat de possession, un certificat d'occupation peut être délivré pour une période de deux ans, le ministre pouvant proroger la durée du certificat.[67]

Les articles 24 et 25 prévoient le transfert de la possession d'une terre dans une réserve d'un membre de la bande à un autre, ou à la bande elle-même. L'article 24 de la *Loi sur les Indiens* prévoit qu'un Indien qui est légalement en possession d'une terre dans une réserve peut transférer son droit de possession à la bande, ou à un autre membre de celle-ci.[68] L'article 25 prévoit qu'un Indien qui cesse d'avoir le droit de résider sur une réserve peut, dans un délai de six mois, transférer à la bande ou à un autre membre de celle-ci, le droit à la possession de toute terre dans la réserve dont il était légalement en possession. En l'absence d'un régime de droits immobiliers matrimoniaux dans les réserves, ces dispositions confèrent à un conjoint ou à un conjoint de fait le pouvoir de transférer ses droits sans le consentement de l'autre, même lorsqu'ils sont tous deux membres de la bande.

Selon l'article 27, un certificat de possession ou d'occupation ne peut être annulé ou corrigé que lorsque le certificat a été délivré par erreur à une personne à qui il n'était pas destiné ou au nom d'une telle personne, ou contient une erreur d'écriture ou une fausse appellation, ou une description erronée de quelque fait important. Cette disposition souligne que dans l'état actuel du droit, un tribunal ou un autre organisme décisionnel tel que le conseil de bande n'a aucun pouvoir de transférer la possession d'une parcelle d'une terre de réserve pour des motifs liés au droit de la famille tel que la rupture du mariage ou de la relation.

---

[65] *Joe* c. *Findlay* [1981] 3 W.W.R. 60, 26 *British Columbia Law Reports* 376, 122 *Dominion Law Reports* (3d) 377 à 380 (C.S.C.-B.).

[66] *Leonard* c. *Gottfriedson* (1980), 21 *British Columbia Law Reports* 326, [1982] 1 *Canadian Native Law Reporter* 60 (C.S.C.-B.).

[67] *Loi sur les Indiens*, L.C. 1985, chap. I-5, par. 20(4) et 20(5).

[68] Cette disposition prévoit également qu'aucun transfert ou accord en vue du transfert du droit à la possession de terres dans une réserve n'est valable tant qu'il n'est pas approuvé par le ministre.

L'article 22 de la *Loi sur les Indiens* prévoit une exception à cette règle générale, lorsqu'un membre a fait des améliorations à des terres en sa possession avant leur inclusion dans une réserve. Dans l'arrêt *Stoney Band* c. *Poucette*, la Cour d'appel de l'Alberta a statué qu'un certificat de possession n'était pas nécessaire en pareil cas pour établir la possession légale.[69]

Une attribution individuelle peut être faite à plus d'une personne, même dans le cadre d'une tenance commune ou d'une tenance conjointe. En cas de décès de l'un des tenants communs, sa part de la terre peut passer à ses héritiers. Dans le cas d'une tenance conjointe, le ou les tenants survivants ont droit à la part du défunt. Toutefois, la tenance conjointe n'existe pas au Québec.

Dans une affaire de droit de la famille, *George* c. *George*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué qu'elle pouvait rendre une ordonnance d'indemnisation en vertu de la *Family Law Relations Act* au profit de l'épouse, en fonction de la valeur du foyer conjugal alors occupé par le mari dans une réserve.[70] La Cour a rejeté l'argument du mari suivant lequel il n'était pas en possession légale du foyer conjugal parce qu'aucun certificat de possession ne lui avait été délivré. La Cour a supposé que le conseil de bande et le ministère des Affaires indiennes avaient donné leur approbation à la possession du mari compte tenu du comportement de ces deux organismes.

La Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans l'arrêt *Lower Nicola Indian Band* c. *Trans-Canada Displays Ltd.*, a statué qu'en exerçant son pouvoir d'attribution en application du paragraphe 20(1), un conseil de bande avait une obligation fiduciaire à l'égard de tous les membres de la bande et devait tenir compte des droits des autres membres de la bande. Dans cette affaire, un membre de la bande en possession de 80 acres de terres de réserve en avait réclamé la possession en se fondant sur l'utilisation traditionnelle ou coutumière, et avait conclu une entente avec une société pour y afficher des panneaux. Après son décès, sa succession a prétendu avoir droit aux terres. Dans cette affaire, plusieurs personnes différentes avaient des prétentions à l'égard de la même parcelle de terre de réserve. Une partie réclamait la possession qui lui aurait été dévolue par une personne ayant eu un certificat de possession à l'époque. L'autre partie réclamait l'héritage de son père qui prétendait avoir un droit ancestral ou coutumier sur la terre. La Cour a statué que l'utilisation ancestrale ou coutumière ne créait pas de droits sur la terre qui entreraient en conflit avec les dispositions de la *Loi sur les Indiens*, et décidé qu'à moins qu'un certificat de possession soit délivré à la succession ou qu'un permis ministériel soit octroyé aux termes de l'article 28, la société érigeant les panneaux d'affichage constituerait un intrus sur les terres de réserve. Le

---

[69] *Stoney Band* c. *Poucette* (1996) [1999] 3 *Canadian Native Law Reporter* 321 (C.B.A.Alb.); confirmé le 17 juillet 1998, Doc. Calgary Appeal 17374 (C.A. Alb.).

[70] *George* c. *George* (1996), [1997] 2 *Canadian Native Law Reporter* 62, 24 *Reports of Family Law* (4th) 155, 139 D.L.R. (4th) 53, 81 B.C.A.C. 62, 132 W.A.C. 63 (C.A.C.-B.); motifs additionnels à (1997), 30 *British Columbia Law Reports* (3D) 107, 27 *Reports of Family Law* (4th) 81, 91 B.C.A.C. 163, 148 W.A.C. 163 (C.A.C.-B.).

conseil de bande était disposé à envisager l'octroi d'un certificat de possession pour une partie de la terre. Le tribunal a conclu que le pouvoir du conseil de bande d'attribuer des parcelles à des membres individuels de la bande devait être exercé conformément à l'obligation fiduciaire du conseil envers tous les membres de la bande qui exige de concilier les intérêts collectifs de la bande et les intérêts de la personne qui demande l'attribution. Le tribunal a également statué que le conseil de bande qui rend une décision sur la question de l'attribution doit satisfaire aux exigences de l'équité procédurale (par exemple prendre la décision de façon équitable et de bonne foi et donner aux demandeurs l'occasion de présenter des éléments de preuve et d'être entendus).[71]

Dans l'affaire *Lower Nicola Indian Band,* le tribunal a souligné que la *Loi sur les Indiens* privilégie la protection des terres de réserve au profit des bandes et a cité les propos de M. le juge Judson, s'exprimant au nom de la majorité de la Cour suprême du Canada en 1965 : [TRADUCTION] « La Loi vise à préserver pour les bandes indiennes les réserves mises de côté pour elles, sans égard aux désirs d'un Indien en particulier d'aliéner pour son propre profit une partie de la réserve dont il peut être locataire. C'est ce que prévoit le par. 28(1) de la Loi. »[72]

Dans l'affaire *Lower Nicola Indian Band,* le tribunal a également pris note de l'explication donnée dans l'affaire *Joe* c. Findlay[73] concernant les rapports entre l'intérêt commun de la bande à l'égard de toutes les terres de réserve, et ceux des membres individuels de la bande en raison d'une attribution. Dans cette affaire, la Cour suprême de la Colombie-Britannique s'est exprimée comme suit : [TRADUCTION] « Le droit de la bande entière peut être exercé pour l'usage et le profit d'un membre individuel de la bande par le conseil de bande, avec l'approbation du ministre, en attribuant à ce membre individuel la possession d'une parcelle donnée de terre de réserve : voir l'article 20 de la *Loi sur les Indiens.* » Le tribunal a conclu qu'un membre de la bande était un intrus après avoir pris possession d'une parcelle de terre de réserve, l'avoir déboisée et y avoir érigé une maison mobile, sans l'approbation du conseil de bande.

Déterminer que la décision d'un conseil de bande en pareille situation est de nature fiduciaire, et qu'à ce titre elle comporte l'obligation de tenir compte des intérêts collectifs et des droits des autres membres de la bande n'est pas sans conséquence. Ce principe

---

[71] *Lower Nicola Indian Band* c. *Trans-Canada Displays Ltd.*, [2000] 4 *Canadian Native Law Reporter* 185, 2000 BCSC 1209 (C.S.C.-B.). Voir aussi *Campbell* c. *Elliott* [1988] 4 *Canadian Native Law Reporter* 45 (C.F. Section de 1ère inst.) dans laquelle le tribunal a établi une distinction avec les faits de l'affaire *Lower Indian Nicola Band*, mais s'est fondé sur le raisonnement retenu par le tribunal dans cette affaire voulant qu'un conseil de bande doive prendre ses décisions en matière d'attribution de façon à tenir compte de l'équité procédurale et de l'équilibre des intérêts collectifs et individuels des membres de la bande.

[72] *R* c. *Devereux* (1965), 51 *Dominion Law Reports* (2d) 546 , p. 550 (C.S.C.), cité dans l'affaire *Lower Nicola Indian Band*, par. 121.

[73] *Joe* c. *Findlay* [1981] 3 W.W.R. 60, 26 *British Columbia Law Reports* 376, 122 *Dominion Law Reports* (3d) 377, p. 380 (C.S.C.-B.).

pourrait s'appliquer dans de nombreuses situations, y compris en ce qui a trait au foyer conjugal.

Les Premières nations assujetties à la *Loi sur les Indiens* seulement, et qui désirent régler les questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux de façon provisoire (en attendant d'avoir l'occasion de mener à bon port les négociations en matière d'autonomie gouvernementale ou de se placer sous le régime de la *Loi sur la gestion des terres des premières nations*) pourraient adopter des politiques régissant l'octroi de parcelles de terre qui tiennent compte de considérations en matière de biens immobiliers matrimoniaux. Certains conseils de bande ont déjà adopté des politiques suivant lesquelles l'attribution de parcelles est faite au mari et à la femme conjointement lorsque le demandeur est marié. Au besoin, ces politiques pourraient être élargies pour exiger que toutes les personnes déclarent dans leur demande d'attribution d'une terre de réserve si elles sont mariées ou vivent en union de fait, et en assujettissant l'attribution de terres de réserve aux couples mariés ou vivant en union de fait à certaines conditions. Par exemple, une attribution pourrait être sujette à réexamen par le conseil de bande en ce qui a trait aux intérêts respectifs du couple si leur relation prend fin et énoncer les principes applicables pour déterminer les intérêts des parties. Cette approche présente toutefois le désavantage de l'incertitude de la légalité d'une attribution conditionnelle sous le régime de la loi telle qu'elle est formulée et le fait que ces politiques ne pourraient vraisemblablement pas s'appliquer rétroactivement aux certificats de possession déjà octroyés.

On ignore si la *Loi sur les Indiens* autorise un conseil de bande à procéder à une attribution conditionnelle, car la loi est muette sur cette question. On pourrait prétendre que l'obligation fiduciaire du conseil de bande envers la bande dans son ensemble dans l'exercice de son pouvoir décisionnel à l'égard des attributions exige de prendre en compte les intérêts des personnes engagées dans une relation conjugale afin de promouvoir l'ordre social et l'équité et de tenir compte de l'intérêt des enfants, le cas échéant. Ces facteurs pourraient faire partie de la recherche d'un équilibre entre les droits collectifs et les droits individuels évoquée dans l'affaire *Lower Nicola Indian Band*.

Le ministre peut louer au profit de tout « Indien », à la demande de celui-ci, la terre à l'égard de laquelle ce dernier détient un certificat de possession, conformément au paragraphe 58(3) de la *Loi sur les Indiens*. Une fois qu'un certificat de possession a été délivré à un membre d'une bande, celui-ci peut utiliser la terre ou la mettre en valeur sous réserve des pouvoirs du conseil de bande, notamment en matière de zonage, et des restrictions législatives à l'aliénation à des personnes qui ne sont pas membres de la bande. Toutefois, le conseil de bande ne peut interdire un usage particulier ou faire obstacle à la demande faite par un membre de louer sa terre parce qu'il ne souscrit pas au plan de l'occupant pour celle-ci.[74] La Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Canada* c. *Boyer*, a décrit comme suit la nature de l'intérêt d'un membre individuel d'une bande par rapport à l'intérêt collectif sous-jacent de la bande :

[74] *Canada* c. *Boyer* [1986] 2 C.F. 393 (C.A.), p. 403.

> La bande à l'usage et au profit de laquelle une « parcelle de terrain » a été cédée par Sa Majesté possède sans doute un intérêt dans ces terrains puisqu'elle a le droit de les occuper et de les posséder. C'est un intérêt qui appartient à la bande en tant que collectivité, aussi le droit à l'occupation et à la possession, essence même de cet intérêt, est-il un droit collectif. (...) La bande peut toutefois, par l'intermédiaire de son conseil, attribuer, avec l'approbation du ministre, des parcelles de terrain faisant partie de sa réserve à des membres de la bande (...) Rien dans la loi ne pourrait être considéré comme (TRADUCTION) « assujettissant » son droit à un autre droit du même type appartenant simultanément au conseil de bande. Selon moi, l'attribution d'une parcelle de terrain faisant partie d'une réserve, le droit à l'usage de ce terrain et au profit qu'il peut procurer, de collectif qu'il était, devient le droit individuel et personnel du locataire. L'intérêt de la bande, entendu dans son sens technique et juridique, a disparu ou, à tout le moins, a été suspendu.[75]

Dans l'arrêt *Bande indienne Tsartlip* c. Canada[76], la Cour d'appel fédérale a statué que le ministre des Affaires indiennes, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 58(3) d'accorder aux détenteurs d'un certificat de possession le droit de louer sa terre, doit tenir compte à la fois des intérêts du titulaire du certificat et de ceux de la bande. La Cour a jugé que cette obligation découle des principes de droit administratif et ne constitue pas une obligation de fiduciaire du ministre envers la bande. La Cour a fait observer que la *Loi sur les Indiens* « protège vraiment les intérêts de la bande lorsqu'il s'agit d'utiliser les terres de la réserve ».[77] Notamment, la Cour s'est exprimée comme suit :

> « Il est clair que l'intention du Parlement était d'exiger le consentement du conseil de bande chaque fois qu'une personne non membre de la bande, et à plus forte raison un non-Indien, devait exercer un droit sur une réserve pendant une période de plus d'une année. »[78] [Le souligné est de nous.]

Il s'agit là d'un principe important qui serait pertinent à la question des droits respectifs des conjoints et des conjoints de fait qui sont membres ou non de la bande dans une réserve lors de la dissolution du mariage ou de l'union de fait.

Le paragraphe 20(2) énonce que le ministre peut délivrer un certificat de possession attestant le droit de posséder la terre décrite. Toutefois, comme nous l'avons déjà

---

[75] *Ibid*, paragraphe 15.

[76] *Bande indienne Tsartlip* c. *Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (2000), 2 C.F. 314 (C.A).

[77] *Ibid.*, par. 55.

[78] *Ibid.*

souligné, un certificat de possession n'est pas nécessaire dans tous les cas pour établir la possession légitime.[79] Quant à lui, l'article 21 prévoit la tenue d'un registre au ministère des Affaires indiennes (le Registre des terres de réserve) où sont inscrits les détails concernant les certificats de possession et les certificats d'occupation ainsi que les autres opérations relatives aux terres situées dans une réserve. L'article 55 établit le Registre des terres cédées ou désignées, dans lequel sont consignés tous les détails relatifs à toute opération touchant les terres cédées à titre absolu ou les terres désignées. Contrairement au Registre des terres de réserve, le Registre des terres cédées ou désignées reconnaît la priorité des droits qui sont enregistrés en ordre chronologique, et des transferts enregistrés sur les transferts non enregistrés. L'objet de ces registres semble être d'assurer une certaine certitude quant au droit de possession de certaines terres de réserve par des membres individuels d'une Première nation.

Toutefois, il n'est pas rare que des transferts ne soient pas enregistrés par les parties et que des différends surviennent subséquemment.[80] En outre, certaines Premières nations refusent d'utiliser les certificats de possession et ont plutôt recours à un système d'attribution coutumière. L'attribution coutumière ou tenure coutumière a été décrite comme suit par le ministère des Affaires indiennes : « Droit d'occupation d'une terre d'une réserve conféré à un individu par résolution du conseil d'une Première nation. Cependant, la première nation ne demande ni l'approbation ni l'enregistrement de l'attribution, et aucun certificat n'est délivré. Il ne s'agit donc pas d'une possession légale aux termes de la *Loi sur les Indiens*, et l'attribution coutumière n'est pas considérée comme un droit foncier légal découlant de cette loi. »[81] En outre, le Registre des terres indiennes n'accepte pas d'enregistrer les transactions de ce genre, ni les transferts subséquents, car « elles ne sont pas prévues par la *Loi sur les Indiens* et qu'il ne s'agit pas de droit juridique en vertu de cette loi. »[82]

Dans l'affaire *Lower Nicola Indian Band*, le tribunal en est venu aux conclusions suivantes concernant les pouvoirs du conseil de bande en ce qui a trait à l'attribution coutumière :

> [TRADUCTION] La propriété de terres de réserve sur la base de l'occupation ou de l'usage traditionnel ou coutumier n'existe pas indépendamment des intérêts créés par la Loi. La reconnaissance du droit

---

[79] *Stoney Band* c. *Poucette* (1996) [1999] 3 *Canadian Native Law Reporter* 321 (C.B.R Alb.); confirmé le 17 juillet 1998, Doc. Calgary Appeal 17374 (C.A. Alb.); *George* c. *George* (1996), [1997] 2 *Canadian Native Law Reporter* 62, 24 *Reports of Family Law* (4th) 155, 139 *Dominion Law Reports* (4th) 53, 81 B.C.A.C. 62, 132 W.A.C. 63 (C.A.C.-B.); motifs additionnels à (1997), 30 *British Columbia Law Reports* (3d) 107, 27 *Reports of Family Law* (4th) 81, 91 B.C.A.C. 163, 148 W.A.C. 163 (C.A.C.-B.).

[80] Voir par exemple, *Jones Estate* c. *Louis*, [1996] 3 *Canadian Native Law Reporter* 85 (C.F. sect. 1ère inst.).

[81] Affaires indiennes et du Nord Canada, « Pour mieux comprendre le cadre réglementaire du prêt commercial dans les réserves indiennes », *op. cit.* note 64, pp. 2 et 3, définition des termes « attribution coutumière et tenure coutumière ».

[82] *Ibid.*, p. 12.

> traditionnel d'une personne à l'occupation de terres de réserve ne crée pas de droit ou d'intérêt juridique sur ces terres, à moins que les exigences de la Loi ne soient respectées.
>
> L'attribution traditionnelle ou coutumière des terres de réserve a historiquement servi à des fins résidentielles ou agricoles, et non à des fins commerciales.
>
> La bande a une obligation de fiduciaire envers ses membres qui lui commande de prendre des décisions concernant l'utilisation de ces terres dans l'intérêt supérieur de tous ses membres. Cette responsabilité exige de mettre en équilibre les intérêts concurrents dans le cadre d'un processus équitable sur le plan procédural.
>
> Lorsqu'un conseil de bande reconnaît l'attribution coutumière traditionnelle de terres, il a la responsabilité politique d'établir un processus d'administration des prétentions à la propriété de ces terres fondé sur l'usage et l'occupation traditionnels ou coutumiers.[83]

Tout en accordant la préséance, au plan juridique, aux intérêts conférés par un certificat de possession, l'arrêt *Lower Nicola Band* reconnaît néanmoins la réalité des systèmes d'attribution coutumiers et conclut que les conseils de bande ont la responsabilité politique d'établir un système afin qu'ils soient respectés. Dans son examen des dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives à la gestion des terres, Douglas Sanders conclut que [TRADUCTION] « la *Loi sur les Indiens* n'aura pas permis d'établir un régime complet et exclusif de droits à l'égard des terres de réserve. »[84] Sanders estime que la moitié de toutes les bandes au Canada n'utilisent jamais le système prévu par la *Loi sur les Indiens* et note que certaines bandes ont recours à la fois à des systèmes coutumiers d'attribution des terres et à des certificats de possession.[85]

On peut donc supposer que lorsque l'exigence énoncée à l'alinéa 2(3)(b) concernant les décisions des conseils de bande est respectée, on trouvera un registre local des attributions effectuées par le conseil de bande sous forme de résolutions du conseil de bande (la façon la plus répandue de nos jours d'enregistrer les décisions des conseils de bande sous le régime de la *Loi sur les Indiens*). Lorsqu'un différend survient et que les parties demandent ces registres à leur conseil de bande, des questions d'accès à l'information pourraient également surgir, car la *Loi sur les Indiens* n'exige pas que les conseils de bande fournissent aux membres de la bande l'accès aux registres. Les

---

[83] *Lower Nicola Indian Band* c. *Trans-Canada Displays Ltd.*, [2000] 4 *Canadian Native Law Reporter* 185, 2000 BCSC 1209 (C.S.C.-B.) au paragraphe 162.

[84] Douglas Sanders, « The Present System of Land Ownership », communication présentée lors de la Conférence des Premières nations sur le droit foncier, les 29 et 30 septembre 1988 au *Justice Institute* de la Colombie-Britannique.

[85] *Ibid.*

droits des membres de la bande à assister aux assemblées de la bande ou aux réunions du conseil de bande n'existent qu'à des fins spécifiques prévues par la loi telles que la cession de terres ou l'adoption de codes applicables aux membres.

Le fait que les transferts par des membres individuels de la bande de ces terres ne sont pas toujours enregistrés et, en fait, souvent ne le sont pas, donne à entendre que le registre des terres indiennes peut ne pas refléter la réalité sociale des transferts de terres dans les réserves ni celle du droit coutumier des Premières nations qui ont recours à l'attribution coutumière. Il y a en fait des systèmes juridiques concurrents dans les réserves en ce qui concerne l'attribution des terres et, par conséquent, des différends se retrouvent souvent devant les tribunaux. L'affaire *Lower Nicola Indian Band* en est un exemple. Cette incertitude entourant l'attribution et les transferts des terres et la preuve du droit d'occupation d'une parcelle spécifique des terres de réserve aurait des répercussions défavorables sur les efforts visant à préciser la question des droits immobiliers matrimoniaux.

Droits de résidence dans les réserves

Les droits de possession des personnes en ce qui a trait au foyer conjugal dans les réserves sont nécessairement tributaires des droits de résidence dans les réserves. Outre les pouvoirs d'effectuer des attributions de terres dans les réserves, les conseils de bande ont des pouvoirs réglementaires en ce qui concerne les droits de résidence dans les réserves. Comme le souligne la Commission royale sur les peuples autochtones dans son rapport final :

> Le droit de résider dans une réserve n'est pas un droit absolu pour ceux et celles qui ont le statut d'Indien, ni même pour ceux et celles qui appartiennent à une bande particulière, que la liste des membres de la bande soit tenue par le ministère ou par la bande. En fait, sous réserve de plusieurs limites et lignes directrices formulées de manière équivoque, le pouvoir de décider des questions de résidence dans la réserve appartient au conseil de bande aux termes de l'alinéa 81(1) de la *Loi sur les Indiens*, et cela depuis les modifications de 1985.[86]

En vertu du paragraphe 81(1) *(p.1)*, un conseil de bande peut adopter des règlements administratifs, non incompatibles avec la loi, visant « la résidence des membres de la bande ou des autres personnes sur la réserve » et, en vertu du paragraphe 81(1) *(p.2)* « l'adoption de mesures relatives aux droits des conjoints ou des enfants qui résident avec des membres de la bande dans une réserve pour toute matière au sujet de laquelle le conseil peut établir des règlements administratifs à l'égard des membres de la bande » .
La CRPA a également souligné que « malheureusement, la *Loi sur les Indiens*, à presque tous les égards, ne permet guère de préciser quel est le droit, s'il y a lieu, d'un

[86] *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 4, chap. 2, Dossier 364, CD ROM CRPA , Sept générations.

membre adulte d'une bande de résider dans la réserve. Par exemple, on aurait pu croire que, pour protéger les droits acquis d'appartenance des personnes inscrites en vertu du projet de loi C-31, les droits de résidence auraient eux aussi été des droits acquis dont les bandes auraient été obligées de tenir compte dans leurs règlements administratifs. Ce n'est cependant pas le cas. En conséquence, de nombreux nouveaux inscrits qui auraient pu souhaiter réintégrer leurs collectivités continuent de vivre hors réserve. »[87]

En outre, plusieurs femmes, dans leur présentation à la CRPA et dans d'autres tribunes ont attiré l'attention sur le problème des femmes qui sont automatiquement affiliées à la bande à laquelle, suivant les registres du ministère des Affaires indiennes, elles étaient liées par le passé par l'intermédiaire de leur père ou de leur mari. De nombreuses femmes demandent maintenant l'adhésion à la bande de leur mari. Lors de la rupture du mariage, les femmes peuvent avoir de la difficulté à renouveler leur adhésion à la bande dans laquelle elles sont nées et à faire valoir leur droit de résidence. À cet égard, le ministère des Affaires indiennes a reconnu que « les femmes nouvellement inscrites préféreraient, et de loin, appartenir à une bande plus près de chez elles ou à une bande à laquelle leur conjoint est associé ».[88]

La CRPA a également souligné que de nombreuses femmes des Premières nations aimeraient que les règlements administratifs en matière de résidence soient réexaminés afin de s'assurer qu'ils n'ont pas d'incidence inéquitable sur un groupe particulier, en particulier en ce qui concerne les personnes visées par le projet de loi C-31. Un autre domaine qui devrait faire l'objet d'un examen concernant les femmes des Premières nations est la relation entre les règlements administratifs en matière de résidence et les codes d'appartenance à la bande « pour faire en sorte que les deux types d'instruments ne puissent concourir ensemble à exclure des personnes alors qu'ils ne pourraient le faire séparément ».[89]

La *Loi sur les Indiens* prévoit que la Couronne peut intenter une poursuite en violation du droit de propriété, au nom de l'Indien ou de la bande, contre « des personnes autres que des Indiens » qui pénètrent dans une réserve ou qui occupent une terre de réserve sans droit ni autorisation.[90] La bande elle-même ou ses membres peuvent également

---

[87] *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 4, chap. 2, Dossier 365, CD ROM CRPA , Sept générations.

[88] *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 4, chap. 2, Dossier 366, CD ROM CRPA , Sept générations.

[89] *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 4, chap. 2, Record 368, RCAP CD ROM, Sept générations.

[90] *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, chap. I-5, art. 31.

intenter une action en violation du droit de propriété.[91] Comme la *Loi sur les Indiens* ne définit pas le concept d'« entrée non autorisée », ce sont les principes de la common law qui s'appliquent pour déterminer s'il y a entrée non autorisée.[92] Le fait d'entrer dans une réserve à des fins licites, par exemple pour signifier une citation à comparaître, saisir des biens en vertu d'un contrat de vente conditionnelle ou exécuter une dation en paiement en vertu d'une hypothèque valide d'un droit de tenure à bail sur une terre désignée ne constituerait pas, en droit, une violation du droit de propriété.[93]

On ignore dans quelle mesure et à quelles fins le ministre des Affaires indiennes exerce actuellement le pouvoir que lui confère le paragraphe 28(2) de la *Loi sur les Indiens* de délivrer des permis à « toute personne » pour une période maximale d'un an, ou, avec le consentement du conseil de bande, pour toute période plus longue, à occuper ou utiliser une réserve, ou à résider ou autrement exercer des droits sur une réserve.[94] Les auteurs du présent document ignorent si des permis annuels sans le consentement du conseil de bande ou pour une période plus longue avec le consentement de celui-ci ont été délivrés à un conjoint qui n'est pas un membre, mais ayant des enfants qui sont membres de la bande, à la suite d'une séparation, d'un divorce ou d'une autre rupture de la relation conjugale. Bien que de pareils permis puissent être délivrés pour régler la question de droit temporaire de résidence dans une réserve, ils ne pourraient vraisemblablement pas modifier les droits du titulaire d'un certificat de possession à l'égard d'une parcelle donnée de terre de réserve.

Les actions en violation du droit de propriété et d'autres instances peuvent être intentées par les bandes contre les membres de la bande qui n'ont pas la possession légale de terres ou de résidence dans une réserve.[95]

Droits des conjoints appartenant à une bande mais n'ayant pas le statut d'Indien

Les bandes assujetties à la *Loi sur les Indiens* qui ont décidé des règles relatives à l'appartenance à la bande en application de l'article 10 de la *Loi sur les Indiens* peuvent reconnaître l'appartenance à la bande de personnes qui n'ont pas le statut d'Indien en vertu de l'article 6 de la Loi. En 1985, lorsque ce pouvoir de la bande a été reconnu,

---

[91] *Custer* c. *Hudson's Bay Co, Developments Ltd.* (1982), [1983] 1 *Canadian Native Law Reporter* 1, [1983] 1 *Western Weekly Reports* 566, 20 *Saskatchewan Reports*, 89, 141 *Dominion Law Reports* (3d) 722 (C.A. Sask.).

[92] Affaires indiennes et du Nord Canada, 1999, « Pour mieux comprendre le cadre réglementaire du prêt commercial dans les réserves indiennes », p. 34; Shin Imai, *The 2002 Indian Act and Aboriginal Constitutional Provisions*, (Toronto : Carswell, 2002), pp. 73 et 74.

[93] Affaires indiennes et du Nord Canada, 1999, « Pour mieux comprendre le cadre réglementaire du prêt commercial dans les réserves indiennes »; *R.* c. *Bernard* (1991), 118 *New Brunswick Reports* (2d) 361, [1992] *Canadian Native Law Reporter* 33, 296 *Atlantic Provinces Reports* 361 (C.B.R.N.-B.).

[94] *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, chap. I-5, par. 28(2).

[95] *Hupacasath First Nation* c. *Sayers*, [2001] *British Columbia Judgments*. N° 1083, 2001 BSSC 699 (C.S.C.-B.); *Seabird Island Indian Band* c. *McNeil-Bobb*, 2000 BSSC 883, [2000] *British Columbia Judgments* No. 1133 (C.S.C.-B.) [Le juge dans son cabinet].

parallèlement aux dispositions établissant le statut d'Indien de certaines personnes (le projet de loi C-31), l'article 4.1 a également été ajouté à la loi. Cet article prévoit que pour certaines dispositions de la *Loi sur les Indiens* (notamment les articles 20 et 22 à 25 qui traitent des droits à la possession individuelle de terres de réserve), la mention du terme « Indien » inclut également toute personne qui a droit à ce que son nom soit consigné dans une liste de bande et dont le nom y est consigné. Cela signifie que les conseils de bande peuvent attribuer des parcelles de terres de réserve ou délivrer des certificats de possession à des membres de la bande sans égard à leur statut d'Indien au sens de l'article 6 de la Loi. Toutefois, le pouvoir discrétionnaire des conseils de bande de procéder à des attributions individuelles à un membre de la bande subsiste, ainsi que le pouvoir de prendre un règlement administratif pour déterminer les droits de résidence des membres de la bande et des autres personnes dans la réserve.

Droits de résidence des conjoints et des enfants qui ne sont pas membres de la bande

Les personnes qui ne sont pas membres d'une bande ne peuvent obtenir d'attribution de terres au moyen d'un certificat de possession ou autrement. Toutefois, les personnes qui ne sont pas membres d'une bande peuvent louer des terres désignées et peuvent également louer des terres détenues en vertu d'un certificat de possession d'une personne qui détient pareil certificat.[96] La loi prévoit des sanctions pour violation du droit de propriété pour les personnes qui utilisent des terres de réserve sans droit ou autorisation.[97]

Les droits de résidence des conjoints et des enfants qui vivent avec des membres de la bande (y compris ceux qui ne sont pas eux-mêmes membres de la bande) sont déterminés par l'exercice du pouvoir du conseil de bande d'adopter des règlements administratifs en vertu du paragraphe 81(1)(*p.2*). Dans l'affaire *Six Nations of the Grand River Indian Band* c. *Henderson*, il s'agissait d'une contestation fondée sur l'article 15 de la *Charte* d'un règlement administratif pris en application de cette disposition interdisant aux conjoints n'étant pas membres de la bande des Six Nations de résider dans la réserve des Six Nations.[98] La Cour a conclu que le règlement administratif contrevenait à l'article 15 de la *Charte*. Toutefois, la Cour a accueilli l'argument de la bande voulant que pour des motifs socio-économiques (la pénurie de logements et l'afflux soudain de membres de la bande dont les droits avaient été rétablis après l'adoption des modifications de 1985 à la *Loi sur les Indiens*), la violation était justifiée en vertu de l'article 1 de la *Charte*. La Cour a également conclu que la validité juridique du règlement administratif n'empêcherait pas le conseil de bande de le modifier afin de permettre aux conjoints n'étant pas membre de la bande de résider dans la réserve avec leurs conjoints et leurs familles dans des situations de détresse.

---

[96] *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, chap. I-5, par. 58(3).

[97] *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, chap. I-5, art. 30.

[98] *Six Nations of the Grand River Band* c. *Henderson* [1997] 1 *Canadian Native Law Reporter* 202 (C.J.O., Div. gén.).

L'article 18.1 traite des droits de résidence des enfants de membres de la bande : « Le membre d'une bande qui réside sur la réserve de cette dernière peut y résider avec ses enfants à charge ou tout enfant dont il a la garde. » Ainsi, même s'ils possèdent le statut d'Indien ou de membre d'une bande, les enfants possèdent un droit dérivé de vivre sur la réserve avec un parent ayant la garde qui est aussi un membre de la bande et résidant sur la réserve. Les membres adultes de la bande, eux-mêmes, n'ont pas de droit statutaire de résidence sur la réserve en vertu du seul fait d'être un membre de la bande. Cependant, une fois devenu résident sur une réserve, le droit d'un membre de la bande de vivre sur la réserve avec les enfants de qui il ou elle a la garde, est enclenché.

Des modifications récentes à la *Loi sur les Indiens* sont venues définir le conjoint de fait comme la personne qui vit avec la personne en cause dans une relation conjugale depuis au moins un an. Cela semble comprendre les conjoints de même sexe.[99] Toutefois, des modifications connexes pour ajouter le terme « conjoint de fait » là où le terme « conjoint » apparaît dans la *Loi sur les Indiens* sont limitées à l'article 68 (entretien des personnes à charge) et au paragraphe 81(1)*p*.2) (droits de résidence). Cela signifie que les conjoints de fait et les conjoints de même sexe ne se trouvent pas dans la même position juridique que les « conjoints » à toutes fins visées par la *Loi sur les Indiens*. La situation des personnes mariées en vertu du droit coutumier autochtone est moins claire en ce qui a trait à l'article 68 et au paragraphe 81(1)*p*.2), car, à la connaissance des auteurs du présent document, aucun tribunal n'a tranché la question de savoir si elles étaient visées ou non par la définition de « conjoint » de la *Loi sur les Indiens*.

L'article 89 prévoit que les biens mobiliers et immobiliers d'un Indien situés dans une réserve ne peuvent faire l'objet d'un « privilège, d'un nantissement, d'une hypothèque, d'une opposition, d'une réquisition, d'une saisie ou d'une exécution » en faveur ou à la demande d'une personne autre qu'un « Indien » ou une « bande » au sens de la *Loi sur les Indiens*. La loi prévoit une exception dans le cas des droits découlant d'un bail sur une terre désignée.[100] Les lois provinciales d'application générale, y compris celles en matière de biens immobiliers matrimoniaux, s'appliquent à ces droits sur les terres désignées.[101] Puisqu'il s'agit de lois d'application générale, ces dispositions sont ouvertes aux conjoints mariés, sans égard à leur statut d'Indien ou à leur appartenance à une bande. Leur application aux unions de fait dépend des dispositions propres à chaque loi provinciale ou territoriale, ou de l'état de la jurisprudence en matière de *Charte* dans chaque province ou territoire.

---

[99] La *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations* a ajouté certaines définitions à la Loi pour viser la situation des conjoints de fait et des conjoints de même sexe. Le paragraphe 2(1) de la Loi est modifié en ajoutant une définition de « conjoint de fait » qui signifie « la personne qui vit avec la personne en cause dans une relation conjugale depuis au moins un an ». Le terme « survivant » est défini comme l'époux ou conjoint de fait survivant d'une personne décédée. *(Loi sur la modernisation des régimes d'avantages et d'obligations*, L.C. 2000, chap. 12, articles 148 à 152).

[100] *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, chap. I-5, par. 89(1.1).

[101] *Dunstan* c. *Dunstan*, (2002) 100 *British Columbia Law Reports* (3d) 156 (C.S.C.-B., le juge dans son cabinet).

En ce qui concerne l'exécution des ordonnances judiciaires prévoyant le versement d'une indemnisation ou des paiements d'égalisation dans le cadre du partage des biens matrimoniaux, les conjoints qui ne sont pas des Indiens sont désavantagés par rapport à ceux qui jouissent du statut d'Indien pour ce qui a trait à leur capacité d'exécuter un jugement contre un ancien conjoint qui est un membre d'une bande résidant dans une réserve. Cela découle de la protection accordée aux biens meubles et immeubles des « Indiens » situés sur une réserve prévue par l'article 89. Dans la mesure où ces ordonnances peuvent être élargies aux conjoints en vertu d'un mariage coutumier autochtone ou aux conjoints de fait par la jurisprudence ou des modifications législatives futures du législateur compétent, l'article 89 présenterait un obstacle semblable à l'exécution des ordonnances judiciaires.

Droit provincial ou territorial à l'égard des biens matrimoniaux

Hors réserve, les biens matrimoniaux comprennent les biens meubles et immeubles qui appartiennent à l'un ou l'autre conjoint, sous réserve des dispositions expresses d'inclusion ou d'exclusion prévues par les lois provinciales et territoriales. Les lois provinciales et territoriales au Canada énoncent des principes juridiques pour définir ce qui constitue les biens matrimoniaux à certaines fins et pour les évaluer afin d'en venir à un partage équitable en cas de dissolution du mariage. Les lois provinciales et territoriales prévoient aussi généralement des mesures de redressement provisoires telles que la possession exclusive du foyer conjugal pendant la séparation ou en cas de violence familiale. Certaines provinces ont adopté des dispositions spécifiques en matière de violence familiale afin de protéger les membres de la famille faisant l'objet de violence et de préserver le droit des victimes de continuer à occuper leur foyer.[102] En général, les ordonnances de possession exclusive s'appliquent au foyer conjugal que celui-ci soit détenu en propriété ou soit loué, et sans égard au conjoint dont le nom apparaît sur le titre de propriété ou le bail.

Le concept de biens matrimoniaux est relativement nouveau en droit canadien, puisqu'il date d'à peine 25 ans. Il s'agit d'une évolution appréciable par rapport au principe antérieur de la séparation des biens (suivant lequel, lors de la dissolution du mariage, chaque conjoint conservait la propriété des biens lui appartenant). L'objet des dispositions actuelles en matière de biens matrimoniaux est de reconnaître l'égalité des conjoints au sein du mariage, de reconnaître le mariage comme une forme de partenariat et de prévoir le règlement ordonné et équitable des affaires des conjoints lors de la rupture du mariage. (Le droit familial provincial et territorial traite également des obligations des anciens conjoints en ce qui a trait aux aliments qu'ils doivent à leurs enfants.)

---

[102] Alberta, *Alberta Protection Against Family Violence Act*, R.S.A. 2000, chap. P-27; Manitoba, *Loi sur la violence familiale et la protection, la prévention et l'indemnisation en matière de harcèlement criminel*, L.R.M. 1998, chap. D.93I; Nouvelle-Écosse, *The Domestic Violence Intervention Act*, S.N. 2001, chap. 29; Ontario, *Loi de 2000 sur la protection contre la violence familiale*, L.O. 2000, chap. 33. (pas encore en vigueur); Île-du-Prince-Édouard, *Victims of Family Violence Act*, S.P.E.I. 1996, chap. V-3.2; Saskatchewan, *The Victims of Domestic Violence Act*, S.S. 1994, chap. V-6.02; Yukon, *Loi sur la prévention de la violence familiale*, L.Y. 1997, chap. 12.

Toutes les provinces et tous les territoires ont adopté des lois traitant du partage des biens matrimoniaux, tant les biens « immobiliers » (terres et bâtiments sur les terres) que les biens « meubles » (les biens autres que les biens immobiliers tels que les espèces, les placements, le produit de la vente de véhicule ou les droits en vertu d'un régime de retraite).[103] Ces dispositions législatives provinciales et territoriales énoncent des principes juridiques permettant de guider les couples mariés pour en venir à une entente à l'amiable à l'égard du partage des biens matrimoniaux (ces conventions peuvent être conclues avant, durant ou après le mariage ou la relation conjugale). Lorsqu'un couple ne peut s'entendre, les tribunaux peuvent appliquer ces principes et accorder des mesures de redressement en rendant des ordonnances concernant les biens matrimoniaux, tant les biens immobiliers que les biens meubles.

Même s'il y a évidemment des divergences d'un ressort à un autre, et que le Code civil du Québec se distingue particulièrement en ce qu'il traduit les principes propres au système de droit civil, on trouve certains éléments communs à la quasi-totalité, voire la totalité des dispositions législatives provinciales et territoriales régissant les biens immobiliers matrimoniaux :

- La définition des biens matrimoniaux;
- Les droits égaux à la possession du foyer conjugal durant le mariage;
- Une certaine forme de paiements d'égalisation fondés sur la valeur du foyer conjugal;
- Les recours;
- Les règles concernant les obligations.

Définition des biens matrimoniaux : Toutes les lois provinciales et territoriales définissent d'une façon ou d'une autre les « biens matrimoniaux » ou un terme équivalent. En Colombie-Britannique et au Manitoba, on emploie plutôt le terme « biens familiaux ».[104] Le Code civil du Québec utilise le terme « patrimoine familial » (family patrimony en anglais) pour décrire les biens détenus par l'un ou l'autre conjoint, y compris la résidence familiale et les biens meubles de la famille.[105]

---

[103] *Matrimonial Property Act*, R.S.A. 2000, ch. M-8 (Alberta); *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch.128 (Colombie-Britannique); *Loi sur les biens matrimoniaux*, L.R.M. 1987, ch. M45 (Manitoba); *Loi sur les biens matrimoniaux*, L. N.-B. 1980, ch. M-1 (Nouveau-Brunswick); *Family Law Act*, R.S.N. 1990, ch. F-2 (Terre-Neuve); *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 275 (Nouvelle-Écosse); *Loi sur le droit de la famille (Nunavut)*, L.R. T.N-O. 1997, ch. 18 (Nunavut); *Loi sur le droit de la famille*, L.R.T.N.-O, ch. 18 (Territoires du Nord-Ouest) *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. ch. F.3 (Ontario); *Family Law Act*, S.P.E.I. 1995, ch. 12 (Île-du-Prince-Édouard); *C.C.Q.* 1991, 1991, ch.64., Division III (Québec); *Family Property Act*, S.S. 1997, ch. F-6.3, modifiée par S.S., 1998, ch. 48; and 2001, ch. 34 et 51 (Saskatchewan); *Loi sur le patrimoine et l'obligation alimentaire*, L.R.Y. 1986, ch. 63 (Yukon).

[104] Colombie-Britannique, *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, chap. 128, art. 58 à 59; Manitoba, *Loi sur les biens matrimoniaux*, L.R.M. 1987, chap. M45, art. 1.

[105] L'article 415 du Code civil du Québec définit le « patrimoine familial » comme étant composé des biens suivants appartenant à l'un ou l'autre conjoint : les résidences de la famille ou les droits qui en confèrent l'usage, les meubles qui les garnissent ou les ornent et qui servent à l'usage du ménage, les véhicules automobiles utilisés pour les déplacements de la famille et les droits accumulés durant le mariage au titre d'un régime de retraite. Cet article énonce donc que le « patrimoine familial » comprend également les

Dans certaines provinces, les biens matrimoniaux comprennent tous les biens meubles et immeubles appartenant à l'un ou l'autre conjoint au moment où une demande est présentée en vue d'obtenir une réparation quelconque.[106] Dans d'autres provinces, les biens matrimoniaux doivent également servir à une fin familiale pour entrer dans la définition.[107] La plupart des lois définissent expressément le « foyer conjugal » (*matrimonial home*)[108] ou un terme équivalent tel que le « foyer familial » (*family home*)[109], ou « maison familiale » (*marital home*)[110], ou encore la « résidence familiale » (*family residence*)[111] comme constituant un bien matrimonial particulier. (Seule la Colombie-Britannique ne le fait pas.)

Bien que le foyer matrimonial constitue habituellement un bien seulement (l'endroit où la famille réside habituellement), dans certaines provinces, la définition peut comprendre plus d'une propriété (par exemple, une résidence secondaire) qui est utilisée aux fins de la famille et qui par ailleurs répond aux exigences de la définition.[112]

Droits égaux à la possession du foyer conjugal durant le mariage : Les deux parties ont un droit égal d'habiter le foyer conjugal. Par conséquent, un couple peut vivre séparé sous le même toit. Dans certaines situations, une partie peut demander au tribunal une ordonnance de possession exclusive du foyer conjugal. Cela signifie qu'une partie, si elle a gain de cause dans sa demande, aura le droit de résider dans le foyer

---

gains inscrits, durant le mariage, au nom de chaque époux en application de la *Loi sur le régime de rentes du Québec* ou de programmes équivalents.

[106] La *Family Property Act* de Saskatchewan, S.S. 1997, ch. F-6.3, modifiée par S.S., 1998, ch. 48; et 2001, ch. 34 et 51 S.S. 1997, ch. M-6-11, art. 2.

[107] En Colombie-Britannique, la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, chap. 128, définit les « biens familiaux » au paragraphe 58(2) comme suit : [TRADUCTION] « Biens appartenant à l'un des époux ou aux deux, utilisés normalement par l'un des époux ou un enfant mineur de l'un des époux à des fins familiales »

[108] La *Family Property Act* de Saskatchewan, S.S. 1997, ch. F-6.3, modifiée par S.S., 1998, ch. 48; et 2001, ch. 34 et 51 S.S. 1997, ch. M-6-11, art. 2.

[109] Voir par exemple, la *Family Law Act* de l'Île-du-Prince-Édouard, S.P.E.I. 1995, chap. 12, article 19.

[110] *Loi sur les biens matrimoniaux*, L.R.M. 1987, ch. M45 (Manitoba).

[111] Article 401 du *Code civil du Québec*.

[112] Voir par exemple, art. 3, par. 4 de la *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, chap. 275 (modifié par 1995-96, chap. 13, art. 83) qui prévoit ce qui suit : [TRADUCTION] « Une personne et son époux peuvent avoir plus d'un foyer conjugal. » En Ontario, la jurisprudence a statué que le « foyer conjugal » en application du paragraphe 18(1) de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, chap. F.3 peut comprendre plus d'une propriété : *Reeson* v. *Kowalik* (1991), 36 *Reports of Family Law* (3d) 396, pp. 404 et 405 (C.J.O. div. gén.); *Schaefer* c. *Schaefer* (1986), 38 A.C.W.S. (2d) 142 (C.S. Ont.). Le paragraphe 18(1) de la loi de l'Ontario définit le « foyer conjugal » comme suit : « La propriété sur laquelle une personne a un droit et qui est ou, si les conjoints sont séparés, était habituellement occupée au moment de la séparation par cette personne et son conjoint à titre de résidence familiale constitue leur foyer conjugal. »

conjugal à l'exclusion de l'autre. La possession exclusive du foyer conjugal est habituellement accordée à la personne qui obtient la garde des enfants, le cas échéant. Le tribunal doit prendre en compte plusieurs facteurs pour décider d'accorder la possession exclusive du foyer conjugal à une partie. Dans plusieurs provinces, les droits relatifs au foyer conjugal ne s'appliquent qu'aux conjoints mariés. Dans d'autres provinces, et dans les trois territoires, la possession exclusive et les autres droits sont également reconnus aux conjoints non mariés dans une relation conjugale qui répond à la définition d'union de fait.

En vertu des lois provinciales, les deux conjoints ont un droit de possession sur le foyer conjugal, peu importe qu'il soit en réalité la propriété de l'un des deux seulement[113] (quel que soit le nom du conjoint qui figure sur le titre de propriété du foyer conjugal). Cela signifie habituellement qu'aucun des deux époux ne peut aliéner (c.-à-d. vendre) la résidence ou la grever sans le consentement de l'autre ou sans une ordonnance judiciaire à cet effet. Généralement, cela n'a pas d'incidence sur les droits et les pouvoirs de chaque conjoint d'aliéner les autres biens qui lui appartiennent durant le mariage, mis à part les efforts visant à faire obstacle au droit de l'autre conjoint au partage des biens. Dans certaines situations, une partie peut devoir rendre compte des biens qu'elle a aliénés durant une certaine période avant la date d'évaluation.

Paiements d'égalisation basés sur la valeur du foyer conjugal : Les lois provinciales et territoriales prévoient une formule pour partager la valeur monétaire du foyer conjugal en fonction de la notion d'un partage égal de la valeur des biens familiaux nets (y compris les biens meubles et immeubles). En Ontario, par exemple, la valeur totale de tous les biens meubles et immeubles qui appartiennent à chaque conjoint est additionnée, et un paiement d'égalisation de la moitié de la différence entre les deux montants est versé au conjoint dont le total est le moins élevé. Ce ne sont pas toutes les provinces qui prévoient un paiement d'égalisation. Certaines prévoient plutôt qu'une partie ayant un droit sur un bien donné a droit à un partage équivalent à l'égalisation. Le calcul des paiements d'égalisation peut être modifié par le tribunal dans certaines situations, par exemple pour tenir compte de la durée du mariage, de l'omission d'un conjoint de divulguer à l'autre l'existence de dettes ou d'autres obligations à la date du mariage, de la dilapidation intentionnelle ou négligente des biens familiaux nets, ou s'il causait un préjudice indu à l'autre. Le tribunal peut également modifier la durée d'une convention conclue entre les parties à l'égard des biens matrimoniaux dans certaines situations telles que :

- l'intérêt supérieur de l'enfant;
- l'omission de divulguer la véritable situation financière;
- l'incapacité d'une partie à signer la convention;
- la convention ne respecte pas les exigences du droit et des obligations.

Au Québec, le Code civil prévoit des règles pour le partage égal du patrimoine familial entre les conjoints lors de la séparation, du divorce ou de la dissolution ou nullité du

[113] Le terme « conjoint » dans cette partie du document comprend les conjoints mariés et les conjoints de fait lorsque la loi provinciale ou territoriale s'applique aux deux.

mariage.[114] Contrairement aux ressorts de common law, si le partage a lieu au moment de la séparation, il n'y a pas de nouveau partage lors d'une dissolution subséquente du mariage par divorce ou autrement.[115]

Recours : Les lois provinciales prévoient généralement toute une gamme de recours pour les conjoints lorsqu'un différend survient à l'égard du foyer conjugal, y compris des recours ayant une incidence sur le droit à la possession légale, tels que :

- ordonnances provisoires de possession exclusive en faveur d'un conjoint lors de la séparation (avant la décision finale) ou en cas de violence familiale;
- ordonnances de partage et de vente (c.-à-d. dans le contexte du règlement définitif lorsque les parties ne peuvent s'entendre sur celui qui devrait obtenir le foyer conjugal si les deux le désirent);
- ordonnances annulant une opération lorsque le foyer conjugal a été vendu ou par ailleurs transféré par un conjoint sans le consentement de l'autre.

Règles relatives aux conventions : Outre les règles législatives prévoyant le partage des biens immobiliers matrimoniaux, les lois provinciales et territoriales envisagent différents types de conventions entre les conjoints mariés et les conjoints de fait telles que des contrats de mariage, des conventions de séparation ou des ententes de cohabitation. Les lois provinciales et territoriales prévoient souvent des règles concernant l'interprétation et l'application de ces conventions.

Les recours prévus par les lois provinciales et territoriales ne s'appliquent pas aux biens immobiliers matrimoniaux dans les terres de réserve non cédées, en raison des décisions dans les affaires *Derrickson* et *Paul*. Toutefois, les tribunaux peuvent, si les conjoints sont tous deux membres d'une bande, inclure l'évaluation d'un droit sur une terre de réserve dans le calcul d'un paiement d'égalisation.

Le droit provincial concernant le partage des biens matrimoniaux autres que les terres (les biens meubles) s'applique aux membres des Premières nations dans les réserves, sans égard à leur statut d'Indien ou à leur appartenance à une bande, car il s'agit d'une loi d'application générale (sous réserve des dispositions de toute convention en matière de revendication territoriale ou d'autonomie gouvernementale). Les lois provinciales d'application générale concernant les biens immobiliers hors réserve s'appliquent également aux Premières nations.

À l'exception de la Colombie-Britannique[116], du Saskatchewan, du Québec, de la Nouvelle-Écosse et des trois territoires, les lois en matière de biens matrimoniaux s'appliquent expressément uniquement aux couples mariés et non aux conjoints de fait.

---

[114] *Code civil du Québec*, livre deux, titre un, chap. 4, art. III, par. 2

[115] *Code civil du Québec, art.* 416.

[116] Un couple vivant dans une relation de nature conjugale depuis au moins deux ans relève de la définition de « conjoint » de l'art. 1 de la *Family Relations Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. chap.128, art. 1, *Dlouhy* c. *Meegan*, [1998] *British Columbia Judgments* N° 2122 (C.S.C.-B.).

Cette distinction a été contestée devant les tribunaux comme constituant une violation des droits à l'égalité prévus par l'article 15 de la *Charte*. D'autres provinces pourraient réexaminer cette distinction et envisager de régler la question au moyen de modifications législatives. Le statut des personnes mariées en vertu du droit coutumier autochtone à l'égard des lois provinciales et territoriales relatives aux biens matrimoniaux n'est pas clair (sauf lorsqu'elles font l'objet d'une convention d'autonomie gouvernementale ou autre).

Le droit provincial et territorial en matière de biens matrimoniaux reconnaît habituellement que les situations de violence familiale constituent un motif permettant à un conjoint de demander une ordonnance provisoire de possession exclusive du foyer conjugal. Parmi les autres facteurs, on compte l'intérêt supérieur des enfants.

Biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves

Les collectivités des Premières nations dans les réserves assujetties au régime de gestion foncière de la *Loi sur la gestion des terres de premières nations (LGTPN)* doivent adopter des règles applicables au partage des biens immobiliers matrimoniaux dans le cadre de leurs codes fonciers.[117] Certaines Premières nations qui ont négocié des ententes relatives à l'autonomie gouvernementale et aux revendications territoriales globales ont également des pouvoirs législatifs en ce qui a trait aux biens matrimoniaux et aux questions connexes.

Toutefois, la vaste majorité des collectivités des Premières nations dans les réserves demeurent assujetties à la *Loi sur les Indiens* qui ne traite pas expressément de la question du partage des biens matrimoniaux. La *Loi sur les Indiens* ne reconnaît pas expressément le pouvoir législatif des Premières nations à l'égard des biens immobiliers matrimoniaux ni ne traite du pouvoir législatif dans les cas de violence familiale. En fait, le pouvoir de réglementation des bandes en matière de biens immobiliers et de droit de la famille dans les réserves est très réduit, certainement plus que la compétence des provinces en la matière.

Diverses lois provinciales et territoriales en matière de droit de la famille et de violence familiale confèrent certains pouvoirs aux tribunaux pour modifier les droits de possession des biens matrimoniaux hors réserve. Dans les réserves, ces lois ne peuvent s'appliquer pour modifier les droits individuels sur les terres de réserve conférés sous le régime de la *Loi sur les Indiens* fédérale. C'est ce qu'a clairement décidé la Cour suprême du Canada en 1986 dans deux arrêts de principe. Dans ces deux affaires, il s'agissait d'établir les droits respectifs des conjoints[118] en cas de rupture du mariage. Ces deux arrêts revêtent une importance cruciale dans la problématique à

[117] *Loi sur la gestion des terres de premières nations*, L.C. 1999, chap. 24, art. 17.

[118] Le terme « conjoint » dans cette section du présent document renvoie aux conjoints mariés et aux conjoints de fait lorsque les lois provinciales ou territoriales s'appliquent aux deux.

laquelle sont confrontés les Premières nations et le gouvernement fédéral relativement à la question des biens matrimoniaux immobiliers dans les réserves.

Dans l'arrêt *Derrickson* c. *Derrickson*, le mari et la femme étaient membres de la bande indienne Westbank. M^me^ Derrickson a présenté une requête en divorce et demandé la moitié des biens à l'égard desquels son mari détenait des certificats de possession délivrés en vertu de la *Loi sur les Indiens*. La Cour suprême du Canada a statué que le droit de la famille provincial ne pouvait s'appliquer au droit de possession de terres d'une réserve indienne. Plus précisément, la Cour a conclu que les lois provinciales conférant à chaque conjoint une moitié indivise de tous les biens familiaux ne pouvaient s'appliquer aux terres de réserve. La Cour s'est exprimée comme suit : « Le droit de posséder des terres sur une réserve indienne relève manifestement de l'essence même de la compétence législative fédérale exclusive que confère le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il s'ensuit que la loi provinciale ne peut s'appliquer au droit de possession sur les terres des réserves indiennes. »[119] La Cour a été en mesure de rendre une ordonnance d'indemnisation (tenant compte de la valeur de la parcelle de terre) afin de rajuster le partage des biens familiaux entre les conjoints en application de la loi sur le droit de la famille provincial applicable.[120] Dans l'arrêt *Stanning* c. *Stanning*, une cour supérieure en Saskatchewan a appliqué cette dernière conclusion de l'arrêt *Derrickson* pour déterminer qu'elle avait compétence pour prendre en compte la valeur de biens situés dans une réserve dans le calcul de l'avoir net des parties à une instance intentée en vertu de la *Matrimonial Property Act* provinciale, même si le tribunal n'avait pas compétence pour partager les biens (appliquant les décisions de la Cour suprême du Canada dans les affaires *Derrickson* et *Paul*).[121]

Dans l'arrêt *Paul* c. *Paul*, le mari et la femme, tous deux membres de la bande indienne Tsartlip, étaient mariés depuis dix-neuf ans. Ils avaient construit une maison sur une terre de la réserve de la bande Tsartlip que le mari détenait en vertu d'un certificat de possession délivré au terme de la *Loi sur les Indiens*. Le couple occupait la maison depuis seize ans. M^me^ Paul avait à deux reprises demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique, et obtenu de celle-ci, une ordonnance de possession provisoire du foyer conjugal lors de deux séparations de son mari. Mais la deuxième fois, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé l'ordonnance.[122] M^me^ Paul a interjeté appel de cette décision à la Cour suprême du Canada qui a statué que le droit de la famille provincial ne permettait pas d'accorder une ordonnance d'occupation provisoire d'une

---

[119] *Derrickson* c. *Derrickson* [1986] 1 R.C.S. 285 (C.S.C.), p. 55.

[120] *Derrickson* c. *Derrickson* [1986] 1 R.C.S. 285 (C.S.C.).

[121] *Standing* c. *Standing* (1991), 37 *Reports of Family Law* (3d) 90, 96 *Saskatchewan Reports*. 13, 85 D.L.R. (4th) 309 (C.B.R. Sask.).

[122] Les motifs de la décision accordant l'ordonnance la première fois se trouvent à [1983] 2 *Canadian Native Law Reporter* 103. Les motifs de la décision accordant la seconde ordonnance de possession provisoire du foyer conjugal se trouve à [1984] 4 *Canadian Native Law Reporter* 37. La deuxième ordonnance a été infirmée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la majorité, dans une décision qui se trouve à [1985] 2 *Canadian Native Law Reporter* 93.

résidence familiale dans une réserve.[123] Comme dans l'arrêt *Derrickson*, la Cour a conclu que la législation provinciale invoquée à l'appui de l'ordonnance demandée entrait en conflit avec les dispositions de la *Loi sur les Indiens* (l'article 20 en vertu duquel l'attribution avait été faite et le certificat de possession délivré au mari). La Cour n'a pas décidé, ni dans l'affaire *Derrickson* ni dans l'affaire *Paul*, si l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* permettait d'incorporer par renvoi la législation provinciale relative aux biens immobiliers. La Cour s'est dit d'avis que, même si c'était le cas, la législation provinciale invoquée entrait en conflit avec les dispositions de la *Loi sur les Indiens*, et, appliquant le principe de la prépondérance fédérale, a statué que les dispositions de la loi fédérale devaient l'emporter.

Mary Ellen Turpel, dans son analyse des arrêts *Derrickson* et *Paul*, conclut que l'analyse de ces questions a été trop étroitement restreinte au partage des pouvoirs entre les gouvernements fédéral et provinciaux.[124] M^me^ Turpel conclut que dans les deux affaires, l'analyse exclut la prise en compte de certains facteurs sociaux et politiques plus pertinents aux préoccupations et aux intérêts des Premières nations, et des femmes des Premières nations en particulier, tels que l'objectif d'assimilation du système des certificats de possession établi par la *Loi sur les Indiens* et le besoin de protection des femmes et des enfants. Elle souligne que la question de la compétence autochtone sur les différends matrimoniaux n'a fait l'objet d'aucune analyse dans ces deux affaires.

Lorsque le mari et la femme détiennent conjointement un certificat de possession, la législation provinciale ne peut permettre à un conjoint d'obtenir une ordonnance de possession exclusive contre l'autre. Dans l'affaire *Darbyshire-Joseph* c. *Darbyshire-Joseph*, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a appliqué les arrêts *Derrickson* et *Paul* et statué qu'elle ne pouvait ordonner le partage et la vente en vertu d'une loi provinciale lorsqu'un couple détenait conjointement un certificat de possession.[125]

Dans une décision récente, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a établi une distinction importante entre les biens immobiliers matrimoniaux situés sur une terre désignée (les terres cédées autrement qu'à titre absolu) et ceux situés sur des terres de réserve qui n'ont pas été cédées. Dans l'affaire *Dunstan* c. *Dunstan*, la femme cherchait à obtenir une ordonnance interdisant à son mari d'aliéner le bétail, les chevaux ou son droit à un dixième d'un ranch dans une réserve et d'aliéner son droit découlant d'un bail sur le foyer conjugal situé sur une terre désignée.[126] Les deux conjoints étaient membres de la Première nation Lytton, et s'étaient séparés après un mariage de plusieurs années. Sans égard à la question de l'application de la *Loi sur les Indiens*, les

---

[123] *Paul* c. *Paul* [1986], 26 *Dominion Law Reports* (4th) 175 (C.S.C.).

[124] Mary Ellen Turpel , « Home/Land » dans (1991) 18 *Canadian Journal of Family Law* 17.

[125] *Darbyshire-Joseph* c. *Darbyshire-Joseph* (30 novembre 1998), Doc. Vancouver D106124 (C.S.C.-B.).

[126] *Dunstan* c. *Dunstan* 2002 BCSC 335, (C.S.C.-B.) (Le juge Burnyeat dans son cabinet), 4 mars 2002.

deux biens étaient considérés comme relevant de la définition des « biens familiaux » en vertu de la *Family Law Relations Act* provinciale. Le juge dans son cabinet a appliqué l'arrêt *Derrickson* c. *Derrickson* et rejeté la demande d'ordonnance interdisant l'aliénation des droits du mari sur les terres de réserve. M. le juge Burnyeat a décidé que l'arrêt *Derrickson* ne s'appliquait pas à la question du bétail et des chevaux, et qu'une ordonnance interdisant leur vente ne constituait pas un privilège, un nantissement, une hypothèque, une opposition, une réquisition, une saisie ou une exécution des biens d'un Indien au sens du paragraphe 89(1) de la *Loi sur les Indiens*. Il a établi une distinction entre ces biens et le droit découlant d'un bail sur les terres désignées et a accueilli la demande en ce qui concerne le foyer conjugal. Dans ses motifs, M. le juge Burnyeat s'est exprimé comme suit : [TRADUCTION] « Bien que le législateur fédéral se soit réservé toutes les questions relevant des « terres réservées aux Indiens », il a aussi établi que les droits découlant d'un bail sur les terres désignées sont assujettis aux lois provinciales d'application générale... En permettant à une personne, qu'il s'agisse ou non d'un Indien au sens de la *Loi sur les Indiens*, de disposer librement d'un droit découlant d'un bail, je suis convaincu que le législateur fédéral envisageait que toutes les lois provinciales d'application générale s'appliqueraient à ces droits découlant d'un bail. »
Comme l'illustre l'affaire *Dunstan*, un aspect du contexte juridique propre aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves consiste dans les différentes catégories juridiques des terres de réserve. Les foyers conjugaux dans les réserves peuvent être situés sur l'une ou l'autre des quatre catégories de terres suivantes :

« Terres assujetties à la *Loi sur les Indiens* »
Terre attribuée à un membre d'une bande en application de l'article 20 de la *Loi sur les Indiens*. La personne dont le nom figure dans le certificat de possession a le droit d'occuper la terre et une résidence située sur la parcelle qui lui a été attribuée.

« Terre traditionnelle »
Terre qui est considérée comme appartenant à une famille donnée par la tradition ou l'usage.

« Terre appartenant à la bande en général »
Terre détenue par la bande pour tous les membres de la bande. Le droit d'une personne d'occuper une résidence peut dépendre des politiques de la bande et du type de logement social, locatif ou capital.

« Terres désignées »
Terres de réserve mises de côté pour une période donnée et à une fin donnée, telles qu'un parc industriel, un bail à long terme ou l'aménagement urbain.[127]

---

[127] Les trois premières de ces quatre catégories sont mentionnées dans Public Legal Education Program Fact Sheet, Legal Services Society, C.-B. « Can You Stay in the Family Home on Reserve? », réimprimé en juin 2000.

Les foyers conjugaux dans les réserves peuvent faire partie de l'une des trois catégories de logements suivantes :[128]

« Logement en propriété individuelle »
Logement payé par le membre de la bande qui l'occupe et pour lequel il a pu obtenir un prêt bancaire ou une subvention de la bande. Bien que les membres de la bande soient propriétaires de la maison, il se peut qu'ils occupent la terre en vertu d'une convention de location avec la bande pour occuper une terre appartenant à la bande en général.

« Logement social »
Logement appartenant à la bande pour lesquels les membres de la bande la remboursent et, lorsque la maison est entièrement acquittée, la bande en transfère la possession aux membres de la bande.

« Logement locatif appartenant à la bande »
Logement loué de la bande. Certaines bandes utilisent des conventions de bail ou adoptent des politiques en matière de logement qui prévoient le cas de la séparation des locataires.

Une décision rendue par la Cour suprême de la Colombie-Britannique en 1998, *Kwakseestahla* c. Kwakseestahla, a établi qu'un tribunal a compétence pour accorder une ordonnance de consentement dans le cadre d'une instance en divorce qui lie les parties en ce qui a trait aux droits sur les biens immobiliers matrimoniaux dans une réserve.[129] Dans cette affaire, le tribunal avait auparavant accordé le divorce aux parties et, dans le cadre de l'instance en divorce, des ordonnances de consentement ont été accordées conférant à M^me^ Kwakseestahla un droit viager sur le foyer conjugal. Les ordonnances de consentement avaient été signées par les deux conjoints. Par la suite, le mari a cherché à faire annuler l'ordonnance de consentement relatif au foyer conjugal, notamment parce que le tribunal n'avait pas compétence pour rendre l'ordonnance car celle-ci visait un bien immobilier se trouvant sur une terre de réserve indienne. M. le juge Prowse de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a statué que l'ordonnance de consentement avait été rendue en vertu d'une entente conclue entre les parties et que, puisque le tribunal avait compétence pour accorder une mesure de redressement de consentement, l'ordonnance relevait de sa compétence. Cette décision pourrait sans doute être précisée et confirmée à l'échelle nationale par une modification à la *Loi sur le divorce*, pour préciser que les ordonnances de consentement dans une instance en divorce ont un effet juridiquement exécutoire sur les droits d'occupation et de possession des terres attribuées dans les réserves.

Il ressort de la jurisprudence que les lois provinciales et territoriales en matière de droit de la famille ne s'appliquent pas aux terres de réserve de façon à avoir une incidence

---

[128] *Ibid.*

[129] *Kwakseestahla* c. *Kwakseestahla* [1998] *British Columbia Judgments* n° 283.

sur les droits individuels sur les terres de réserve qui n'ont pas été cédées. Les tribunaux estiment que ces lois entrent en conflit avec les dispositions de la *Loi sur les Indiens*, valablement adoptées en application du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cela signifie qu'en ce qui concerne les collectivités des Premières nations dans les réserves qui demeurent assujetties aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* en matière de gestion foncière (c.-à-d. celles qui n'ont pas négocié d'ententes en matière d'autonomie gouvernementale ou de revendications territoriales globales, ou qui ne sont pas assujetties à la *Loi sur la gestion des terres de premières nations*), il n'existe aucune loi fédérale et peu de lois provinciales ou territoriales applicables aux droits et intérêts respectifs des conjoints dans la réserve en ce qui a trait aux biens immobiliers matrimoniaux en cas de séparation ou de dissolution de la relation.

Aucune disposition de la *Loi sur les Indiens* ne vise ou la vente ou le partage forcé d'intérêts individuels sur les terres de réserve, que ces intérêts soient détenus en vertu d'un certificat de possession ou autrement. Il n'existe aucune disposition traitant de la possession du foyer conjugal en cas de violence familiale. Cette lacune législative, résultant de l'inapplication de la législation provinciale et de l'absence de législation fédérale, s'est révélée un problème pour les parties qui ne réussissent pas à résoudre leurs différends à l'égard d'un foyer conjugal situé dans une réserve. (Cette lacune législative s'applique également aux intérêt détenus conjointement sur les réserves avec des membres de la famille ou d'autres personnes).[130] Le seul recours en vertu du droit provincial ouvert aux conjoints en ce qui a trait aux biens immobiliers matrimoniaux dans une terre de réserve qui n'a pas été cédée est une ordonnance d'indemnisation lors de la vente de la propriété. Pareille ordonnance peut être rendue lorsque le tribunal procède à une évaluation de tous les biens matrimoniaux, y compris la valeur de tout droit individuel sur une terre de réserve (qui relève de la définition de biens matrimoniaux) et décide si un conjoint devrait verser un paiement d'égalisation à l'autre.

Les ordonnances d'indemnisation n'ont pas d'incidence sur le titre ou le droit à la possession de parcelles individuelles de terres de réserve. Cela signifie qu'un conjoint peut devoir verser à l'autre un montant basé sur une formule de partage qui prend en compte la valeur de la parcelle de terre dans la réserve. Les tribunaux n'ont pas le pouvoir d'ordonner la vente d'un droit sur une terre de réserve qui n'a pas été cédée. L'ordonnance d'indemnisation établit ce qu'un conjoint doit verser à l'autre, et peut parfois prévoir que le conjoint débiteur devra vendre la maison. Il y a toutefois une difficulté si le débiteur n'a aucun autre bien que la maison car, comme le tribunal ne peut lui ordonner de vendre la propriété, le conjoint créancier n'a aucun autre moyen de faire exécuter l'ordonnance d'indemnisation.

Tandis que la législation concernant les biens matrimoniaux s'applique, dans la plupart des provinces et des territoires, uniquement à un homme et une femme mariés en vertu d'une loi provinciale, l'application de la législation provinciale et territoriale en matière de

[130] Voir, par exemple, *Simpson* c. *Ziprick* [1995] *British Columbia Judgments* no. 1740.

violence familiale est plus étendue et tient compte d'une conception plus large des relations familiales.

Le principal problème en ce qui a trait aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves, c'est que les lacunes dans le droit applicable se traduisent par une absence de recours pour des personnes qui en ont besoin. Il en résulte que les couples qui résident dans les réserves, qu'ils soient mariés ou vivent en union de fait, doivent généralement régler eux-mêmes les différends concernant les biens immobiliers matrimoniaux dans la réserve. S'ils sont incapables de le faire, aucune règle ou mécanisme juridique n'existe pour régler ces questions pour eux, ou pour prévoir le partage forcé de leurs intérêts respectifs. L'absence de législation signifie également qu'il n'existe aucune protection (telle que la possibilité d'obtenir une ordonnance de possession provisoire du foyer conjugal) pour les époux et les conjoints de fait dans une relation où le rapport de forces est inégal ou, pire encore, pour les conjoints qui se trouvent dans une relation de violence (mise à part le droit pénal).

Il y a également une absence de recours pour les couples de même sexe ou pour les membres d'une famille qui vivent ensemble. À l'heure actuelle, la *Loi sur les Indiens* ne traite pas des intérêts dans les biens des conjoints de fait ou des conjoints de même sexe à la suite d'une séparation ou dans le cas de violence familiale. Il semble aussi que certains recours en *equity* et en common law offerts aux parties dans un différend en matière immobilière hors réserve ne peuvent être exercés par des couples qui vivent sur la réserve, car de tels recours modifieraient la possession des terres de réserve établie par les dispositions de la *Loi sur les Indiens*. Par exemple, il semble que les recours de common law et d'*equity* en matière fidiciaire ne s'appliquent pas dans les réserves pour résoudre des différends concernant la possession individuelle au sein de la collectivité. Dans une affaire concernant deux congrégations religieuses des premières nations sur l'utilisation d'une terre à l'égard de laquelle trois personnes d'une congrégations détenaient un certificat de possession, mais qui était occupée par une autre congrégation, la Cour supérieure de l'Ontario a conclu que les principes du droit régissant les fiducies sont contraires aux dispositions de la *Loi sur les Indiens*.[131] L'affaire *V.W. c. R.N.S.* concernait les droits de propriété respectifs de conjoints de fait qui étaient membres de la même bande. La Cour de justice de l'Ontario a statué que « le recours de common law de la fiducie par interprétation ne peut être imposé de manière à modifier les droits de possession de biens immobiliers dans une réserve pour les motifs que les lois en matière de biens matrimoniaux ne s'appliquent pas à l'égard des biens mobiliers situés dans une réserve ».[132] La Cour a toutefois ajouté que cette conclusion ne faisait pas obstacle à un recours personnel en enrichissement sans cause (le paiement d'une indemnité monétaire équivalente au droit de la partie qui s'est enrichie aux dépens de l'autre).

---

[131] *Sault c. Jacobs* [2001] *Ontario Judgments* n° 1996 (C.S.J.O.).

[132] *V.W. c. R.N.S.* [1998] *Ontario Judgments* n° 4889 (C.J.O. Div. Gén.).

L'absence de dispositions législatives fédérales sur les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves a souvent des répercussions très défavorables pour les femmes mariées ou en union de fait (comme l'explique en détail la Représentante spéciale sur la protection des droits des femmes des Premières nations dans son Rapport de 2000). Si c'est son conjoint qui est titulaire du certificat de possession de la terre sur laquelle se trouve le foyer conjugal, la femme peut rapidement se retrouver dans une situation des plus vulnérables. Si elle n'est pas membre de la bande de son mari, son droit de demeurer dans la réserve peut disparaître à la suite de la rupture de son mariage (suivant la façon dont le conseil de bande a exercé son pouvoir de prendre des règlements administratifs à l'égard de la résidence). Même si elle appartient à la bande, si le mari décide de transférer son intérêt à la bande ou à un autre membre de la bande, ou si on lui dit de délaisser la maison ou si elle est forcée de le faire, elle n'a aucun recours en droit pour obtenir la possession de la maison, même pas de façon provisoire bien qu'elle soit la première responsable des enfants du mariage.

Le conjoint titulaire d'un certificat de possession a l'avantage, et il peut vendre son droit sans le consentement de l'autre conjoint ou conjoint de fait. L'article 24 prévoit ce qui suit : « Un Indien qui est légalement en possession d'une terre dans une réserve peut transférer à la bande, ou à un autre membre de celle-ci, le droit à la possession de la terre, mais aucun transfert ou accord en vue du transfert du droit à la possession de terres dans une réserve n'est valable tant qu'il n'est pas approuvé par le Ministre. » Le seul recours dont dispose un conjoint sans certificat de possession est une ordonnance d'indemnisation basée sur la formule provinciale applicable pour le partage des biens matrimoniaux (biens meubles et immeubles). Ce recours ne répond pas à son besoin immédiat de logement pour lui-même ou elle-même et les enfants, le cas échéant, et n'est pas très utile à moins que le conjoint débiteur ne dispose de fonds suffisants pour régler le montant accordé par l'ordonnance avant la vente.

Lorsqu'une femme est titulaire d'un certificat de possession conjointement avec son époux, mais laisse le foyer conjugal lors de la séparation ou en raison de violence familiale, elle peut avoir de la difficulté à obtenir une autre terre du conseil de bande, si l'on estime que le droit de la famille à une terre a été satisfait, ou en cas de pénurie de terres.

La possession d'une propriété dans la réserve est souvent le facteur déterminant de la capacité de vivre dans la réserve. La grave pénurie de logements dans la réserve signifie qu'une femme qui doit quitter le foyer conjugal devra souvent soit vivre avec des amis ou des parents dans un logement surpeuplé, ou quitter la réserve elle-même. Le niveau de revenu généralement faible des femmes des Premières nations signifie qu'elles sont exposées à un risque plus élevé de se retrouver sans abri et de se voir enlever leurs enfants si elles n'ont d'autre choix que de quitter la réserve. En d'autres termes, la dissolution du mariage dans la réserve peut entraîner une cascade d'événements négatifs pouvant rapidement mener à l'itinérance pour certaines femmes des Premières nations lorsqu'elles ne sont pas la seule titulaire d'un certificat de possession du foyer conjugal.

On pourrait prétendre que la compétence inhérente des Premières nations à l'égard des biens immobiliers matrimoniaux est intacte, compte tenu de l'absence de dispositions législatives fédérales sur la question et du fait que le droit provincial ne s'applique pas. Les lois des Premières nations concernant les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves pourraient sans doute être exercées dans le cadre de leur pouvoir législatif inhérent. Par contre, si l'on ne souhaite pas une intervention législative fédérale, même à titre provisoire, en attendant la négociation d'ententes d'autonomie gouvernementale, les Premières nations pourraient envisager de rendre l'attribution de terres conditionnelle à un réexamen par le conseil de bande en cas de rupture du mariage ou de la relation. Des politiques pourraient être adoptées afin d'orienter leurs décisions en pareil cas, telles que l'intérêt supérieur des enfants, et la présence de violence familiale.

Les femmes des Premières nations dans les réserves ont été en mesure d'obtenir des engagements de ne pas troubler l'ordre public en vertu du Code criminel et des ordonnances de non-communication en vertu des lois provinciales contre leurs maris ou conjoints de fait en cas de violence familiale. Il semble que le pouvoir des tribunaux de délivrer des ordonnances de possession exclusive en application des dispositions législatives provinciales en matière de violence familiale ne pourrait s'appliquer sur les réserves pour les mêmes motifs qui empêchent pareilles ordonnances en vertu des lois en matières de biens matrimoniaux. (Il n'y a aucune jurisprudence sur cette question pour l'instant.)

Lorsque des femmes des Premières nations ont pu obtenir des ordonnances de non-communication, elles ont connu des problèmes avec leur exécution. Par exemple, la Représentante spéciale sur la protection des droits des femmes des Premières nations a déclaré dans son Rapport que « Les femmes du groupe de discussion ont raconté que les femmes victimes de violence familiale demandent parfois aux tribunaux des ordonnances temporaires de non-communication qui leur permettent de demeurer au domicile conjugal avec leurs enfants. Il semble toutefois, que les femmes ayant obtenu ces ordonnances, se fassent dire souvent par la GRC que les bandes n'ont pas l'autorité nécessaire pour les faire respecter ».[133] Les participantes aux deux groupes de discussion sur les biens immobiliers matrimoniaux ont fait état de préoccupations d'ordre plus général concernant l'exécution des ordonnances judiciaires dans le domaine du droit de la famille.

Si l'on souhaite s'attaquer à la question des droits immobiliers matrimoniaux dans les réserves, il faudra notamment mieux préciser les champs de compétence, accroître la sensibilisation des femmes des Premières nations, et inciter les dirigeants des Premières nations à intervenir et à adopter les dispositions législatives nécessaires. Toutefois, les participantes ont jugé que ces mesures ne permettront pas d'atteindre

---

[133] Mavis A. Erickson, *« Où sont les femmes? : Rapport de la Représentante spéciale sur la protection des droits des femmes des Premières nations »*, 12 janvier 2001, p. 50.

l'objectif consistant à offrir aux femmes une protection et des droits de base si les questions fondamentales concernant l'administration de la justice et l'application des lois des Premières nations et des ordonnances judiciaires ne sont pas réglées. Plusieurs participantes se sont dit d'avis qu'il fallait mettre en place une panoplie complète de mécanismes de règlement extrajudiciaires des différends en plus d'assurer l'accès au système judiciaire, et qu'il fallait notamment mettre sur pied un tribunal spécialisé, administré par les Premières nations, afin d'offrir un meilleur accès et de mieux prendre en compte le volet culturel dans le processus décisionnel de type judiciaire concernant les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Toutefois, le pouvoir décisionnel d'un tribunal est limité, comparativement à celui d'une cour supérieure.[134]

Unions de fait

Les lois provinciales dans plusieurs provinces concernant le partage des biens immobiliers matrimoniaux hors réserve ont été limitées au mariage reconnu par les gouvernements provinciaux et ne s'appliquent pas à la dissolution d'unions de fait. Toutefois, les lois en matière de biens matrimoniaux s'appliquent à la dissolution des unions de fait en Colombie-Britannique, en Saskatchewan, au Québec, en Nouvelle-Écosse, au Yukon, dans les Territoires du Nord-Ouest et au Nunavut.

La distinction de traitement entre les unions de fait et les mariages en ce qui a trait aux biens immobiliers matrimoniaux préoccupait fortement la grande majorité des participantes aux groupes de discussion. Elles ont noté que de nombreuses personnes des Premières nations vivent hors réserve dans des relations conjugales à long terme hors mariage (qu'il s'agisse de couples de sexes opposés ou de couples de même sexe).

Hors réserve, la jurisprudence reconnaît certains recours outre les dispositions législatives. Comme l'a souligné M[me] Martha Bailey :

> « Selon la doctrine de common law de l'enrichissement sans cause ou les dispositions du Code civil sur la société de personnes, les contrats ou l'enrichissement sans cause, une partie à une union libre peut obtenir une part des biens en fonction de sa contribution. »[135]

L'exclusion des conjoints de fait par la législation a néanmoins fait l'objet de contestation fondée sur des arguments au titre de l'égalité prévus par la *Charte*. Dans

---

[134] *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714.

[135] Martha Bailey, *Le mariage et les unions libres* (Ottawa : Commission du droit du Canada, 2001) dont le texte se trouve à l'adresse *http://www.cdc.gc.ca*.

l'arrêt *Miron* c. *Trudel*[136], la Cour suprême du Canada a conclu que l'état matrimonial est un motif de discrimination analogue à ceux énumérés à l'article 15 de la *Charte des droits et libertés*. Par conséquent, la discrimination du fait de la loi à l'égard des conjoints de fait peut enfreindre l'article 15 et exige une justification en vertu de l'article premier de la *Charte* (limite raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique).

Dans l'arrêt *Miron*, la Cour suprême a statué que l'exclusion de partenaires non mariés des indemnités d'assurance-accidents offertes aux partenaires mariés allait à l'encontre du paragraphe 15(1) de la *Charte*. Dans sa décision, la Cour a conclu que la discrimination fondée sur l'état matrimonial touche la dignité et le mérite essentiels de la personne de la même façon que d'autres motifs de discrimination reconnus et que l'état matrimonial possède des caractéristiques souvent associées aux motifs de discrimination reconnus au paragraphe 15(1). En outre, la Cour a conclu que les personnes qui vivent en union de fait constituent un groupe historiquement désavantagé, même si, au cours des dernières années, ce désavantage a grandement diminué.

Depuis l'arrêt *Miron*, l'exclusion des conjoints de fait des lois provinciales en matière de biens matrimoniaux a été contestée dans certaines provinces dans le cadre d'instances fondées sur la *Charte*. On a fait valoir des arguments fondés sur l'égalité protégée par l'article 15 suivant lesquels l'absence des mêmes droits et recours prévus par la loi pour les conjoints de fait et les couples mariés (tels qu'une ordonnance de possession provisoire de la résidence familiale) est inconstitutionnelle dans des affaires en matière de succession[137] et visant des biens matrimoniaux.[138]

Des dispositions de la *Matrimonial Property Act* de la Nouvelle-Écosse ont été jugées inconstitutionnelles dans l'arrêt *Walsh* c. *Bona*[139] en raison de l'exclusion des conjoints de fait de la définition de conjoints dans cette Loi. Dans l'affaire *Walsh*, une femme demandait le partage égal des biens lui appartenant et appartenant à son conjoint de fait avec lequel elle a vécu pendant environ dix ans avant la rupture. L'appelante, M^me^ Walsh, a intenté son action en application de la *Matrimonial Property Act* provinciale, qui ne comprenait, ni ne reconnaissait, les conjoints de fait aux fins du partage des biens immobiliers matrimoniaux. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que cette exclusion contrevenait aux droits à l'égalité protégés par l'article 15. La Cour s'est

---

[136] *Miron* c. *Trudel* [1995] 2 R.C.S. 418 (C.S.C.).

[137] *Armbrust* c. *Ferguson* [2001] *Saskatchewan Judgments* n° 703 (C.A. Sask.).

[138] *Walsh* c. *Bona* [2000] *Nova Scotia Judgments* n° 117 (C.A.N.-É.); *Watch* c. *Watch* [1999] *Charter of Rights Decisions* 42.20.40-05 (C.B.R. Sask.).

[139] *Walsh* c. *Bona* [2000] *Nova Scotia Judgments* n° 117 (C.A.N.-É.); appel interjeté à la C.S.C., jugement mis en délibéré le 14 juin 2002, bulletin de la C.S.C. 202, p. 958.

exprimée comme suit :

> [TRADUCTION] La Loi porte atteinte à la dignité humaine de l'appelante du fait qu'elle reconnaît qu'un conjoint légalement marié contribue à la relation maritale, financièrement, et d'autres façons (p. ex. en élevant une famille). La Loi reconnaît également que ces contributions permettent à un couple marié de constituer un patrimoine familial. L'appelante ne jouit pas d'une pareille reconnaissance. Elle doit avoir recours au principe en *equity* de la fiducie par déduction et de l'enrichissement sans cause, et j'ai déjà fait état des difficultés que soulèvent ces recours. Il y a atteinte à la dignité de l'appelante parce que sa relation avec l'intimé est considérée comme moins susceptible de reconnaissance que celle d'un couple marié, et qu'en conséquence, on lui refuse l'accès aux avantages conférés par la Loi.[140]

La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que cette distinction entre les couples mariés et les conjoints de fait n'était pas justifiée en vertu de l'article 1 de la *Charte* comme étant « justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Ce faisant, la Cour a noté que tant les Territoires du Nord-Ouest que le territoire du Nunavut avaient adopté des dispositions législatives reconnaissant aux personnes mariées et aux conjoints de fait les mêmes droits en ce qui a trait aux biens et au patrimoine. La Cour suprême du Canada a entendu l'appel en juin 2002, et a mis sa décision en délibéré.[141]

Entre-temps, le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a entrepris d'apporter des réformes importantes sur le plan administratif et juridique. La *Law Reform (2000) Act*[142] est une loi provinciale omnibus qui reconnaît aux conjoints de fait (qu'ils soient de sexes opposés ou du même sexe) des droits similaires à ceux des couples mariés de sexes opposés dans plusieurs domaines du droit provincial tels que les biens matrimoniaux, l'obligation alimentaire, le droit fiscal, les régimes d'indemnisation prévus par la loi et les données de l'état civil, notamment.

La *Matrimonial Property Act* de la Nouvelle-Écosse définit toujours le terme « époux » (*spouse*) comme « un homme ou une femme mariés l'un à l'autre ».[143] La *Law Reform*

---

[140] *Walsh* c. *Bona* [2000] *Nova Scotia Judgments* n° 117 (C.A. N.-É.), par. 50.

[141] *Supra*, note 139.

[142] *Law Reform (2000) Act*, S.N.S. 2000, chap. 29.

[143] Plus précisément, l'alinéa 2 (g) de la *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, chap. 275 (modifié par 1995-96, chap. 13, art. 83) prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]
« conjoint » l'homme et la femme qui :
i) sont mariés l'un à l'autre;

(2000) Act définit le « conjoint de fait » (*common law partner)* comme « une personne qui a cohabité avec la personne dans une relation conjugale pour une période d'au moins deux ans, sans que ni l'un ni l'autre ne soient des époux ».[144] Il n'est pas clair si la définition législative de « époux » comprendrait les personnes mariées en vertu du droit coutumier autochtone. Le terme « conjoint de fait » comprend clairement les couples de sexes opposés ou de même sexe dans une relation conjugale. En vertu des modifications apportées à la *Vital Statistics Act*, les conjoints de fait peuvent s'inscrire comme « partenaires familiaux » et, en conséquence, jouissent de plusieurs des mêmes avantages et sont assujettis à plusieurs des mêmes obligations juridiques que les « époux » (des personnes de sexes opposés qui sont mariées).[145] Cela comprend des droits concernant le partage des biens lors de la cessation du partenariat familial inscrit. À compter de la date d'inscription d'une déclaration de partenariat familial, les partenaires familiaux ont, entre eux et à l'égard de toute autre personne, les mêmes droits et obligations qu'un « époux » aux termes de la *Matrimonial Property Act*.[146] La fin du partenariat peut être inscrite auprès de l'État civil. Il y a fin dans les cas suivants :

- les deux partenaires produisent une déclaration de cessation auprès de l'État civil;
- les deux partenaires concluent une convention de séparation conformément à la *Maintenance and Custody Act* ;
- les deux partenaires vivent séparés pour une période d'au moins un an et un partenaire produit un affidavit auprès de l'État civil pour inscrire la cessation;
- un partenaire épouse un tiers.[147]

Dans l'arrêt *Watch* c. *Watch*,[148] la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a inclus les conjoints de fait dans la définition de « époux » de la *Matrimonial Property Act, 1997* et accordé la possession exclusive provisoire du foyer conjugal et de son contenu à la demanderesse. Le tribunal a statué que la définition de « époux » de la *Matrimonial Property Act, 1997,* qui ne comprend pas les conjoints de fait, contrevenait

---

ii) sont mariés l'un à l'autre par un mariage annulable et qui n'a pas été annulé par une déclaration de nullité; ou
iii) ont contracté une forme de mariage l'un avec l'autre, de bonne foi, qui est nul, et cohabitent ou ont cohabité au cours de l'année précédente;
et pour les fins d'une demande aux termes de la présente Loi, ce terme comprend le veuf ou la veuve.

[144] *Law Reform (2000) Act*, partie IX.

[145] *Law Reform (2000) Act*, partie X; *Domestic Partnerships Registration Regulations*, (Nouvelle-Écosse) O.I.C. 2001-263 (31 mai 2001, entrée en vigueur le 4 juin 2001), N.S. Reg. 57/2001.

[146] *Law Reform (2000) Act*, partie X.

[147] Province de la Nouvelle-Écosse, ministère de la Justice, « Domestic Partnerships », à l'adresse *http://www.gov.ns.ca/just/dompar.htm*. et *Domestic Partnerships Registration Regulations*, (Nouvelle-Écosse) O.I.C. 2001-263 (31 mai 2001, entrée en vigueur le 4 juin 2001), N.S. Reg. 57/2001.

[148] *Watch* c. *Watch* [1999] *Charter of Rights Decisions* 42.20.40-05 (C.B.R. Sask.).

au paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, car il est discriminatoire envers les unions de fait. Le tribunal a jugé que le motif de la discrimination était analogue à celui fondé sur l'état matrimonial.

Comme nous l'avons déjà mentionné, la Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations[149] a apporté certaines modifications à la *Loi sur les Indiens* qui accordent le même statut aux conjoints de fait qu'aux couples mariés aux fins de la Loi. Après une année de cohabitation, un couple peut être reconnu à certaines fins en vertu de la *Loi sur les Indiens* comme un couple légalement marié. Cela est fait en ajoutant et en définissant le terme « conjoint de fait ». À moins qu'un tribunal ne conclue que le terme « époux » dans la *Loi sur les Indiens* comprend également les personnes mariées en vertu du droit coutumier autochtone, les couples mariés de cette façon devront attendre un an pour être reconnus aux termes de la loi comme « conjoints de fait ».

Mis à part les protections et les droits prévus par les lois provinciales en ce qui a trait aux biens immobiliers matrimoniaux, on trouve d'autres droits applicables en vertu des principes du droit des fiducies élaborés par la jurisprudence. Le principe en *equity* de la fiducie par interprétation a été appliqué aux couples mariés et aux conjoints de fait pour empêcher l'enrichissement sans cause d'un conjoint aux dépens de l'autre à l'égard de biens qui, suivant la loi, sont habituellement considérés comme des « biens familiaux ». Lorsqu'un conjoint peut établir sa contribution à la valeur d'un bien détenu par l'autre, les tribunaux peuvent conclure que ce conjoint a un droit sur le bien, sans égard à la question de savoir si les deux conjoints entendaient que le conjoint faisant la contribution ait un intérêt à titre bénéficiaire.[150] Le principe de la fiducie par déduction peut également s'appliquer de façon à ce que le conjoint qui est titulaire du bien, le détienne à son propre profit et à celui du conjoint ayant fait la contribution.

Depuis les décisions de la Cour suprême dans les affaires *Derrickson* et *Paul*, il a été conclu dans deux autres affaires, au moins, que certains des recours en *equity* et en common law offerts aux parties dans un différend en matière immobilière hors réserve ne peuvent s'appliquer dans les réserves pour modifier la possession des terres établie par les dispositions de la *Loi sur les Indiens*. Par exemple, il semble que les recours de common law et d'*equity* en matière de fiducie ne s'appliquent pas dans les réserves pour résoudre des différends concernant la possession individuelle au sein de la collectivité. Dans l'affaire *Sault* c. *Jacobs*, la Cour supérieure de l'Ontario a statué que les principes du droit des fiducies entraient en conflit avec les dispositions de la *Loi sur les Indiens*. Il s'agissait dans cette affaire d'un différend entre deux congrégations religieuses des Premières nations sur l'utilisation d'une terre à l'égard de laquelle trois personnes d'une congrégation détenaient un certificat de possession, mais qui était

---

[149] *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, L.C. 2000, chap. 12, art. 148 à 152.

[150] *Pettkus* c. *Becker* (1980) 2 R.C.S. 834. (C.S.C.); *Rathwell* c. *Rathwell* (1978) 83 *Dominion Law Reports* (3d) 289. (C.S.C.).

occupée par une autre congrégation.[151] L'affaire *V.W.* c. *R.N.S.* concernait les droits de propriété respectifs de conjoints de fait qui étaient membres de la même bande. La Cour de justice de l'Ontario a statué que [TRADUCTION] « le recours de common law de la fiducie par interprétation ne peut être imposé de manière à modifier les droits de possession de biens immobiliers dans une réserve pour les mêmes motifs que les lois en matière de biens matrimoniaux ne s'appliquent pas à l'égard des biens immobiliers situés dans une réserve ».[152] La Cour a ajouté toutefois que cette conclusion ne faisait pas obstacle à un recours personnel en enrichissement sans cause (le paiement d'une indemnité monétaire équivalente au droit de la partie qui s'est enrichie aux dépens de l'autre).

Dans l'affaire *Miller* c. *Miller*, décidée avant les arrêts *Derrickson* et *Paul*, la Cour de comté de l'Ontario a appliqué ces principes d'*equity* en matière de fiducie dans une affaire où une femme mariée demandait qu'on reconnaisse sa contribution sous forme de travail, d'argent et de valeur en argent durant le mariage aux biens détenus au nom de son mari.[153] Dans l'affaire *Miller*, le tribunal a conclu que l'épouse avait contribué directement et indirectement aux biens et a conclu à une fiducie par déduction et à une fiducie par interprétation, et a ordonné au mari de verser à son épouse une somme de 15 000 $ correspondant à la valeur de la fiducie. Il semble cependant que la décision *Miller* soit mal fondée compte tenu des principes énoncés dans les arrêts *Derrickson* et *Paul*.

Dans l'affaire *Simpson* c. *Ziprick*[154], une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, le tribunal s'est fondé sur l'arrêt *Derrickson* de la Cour suprême du Canada pour conclure que la *Partition Act* provinciale est incompatible avec la *Loi sur les Indiens* et, par conséquent, ne s'appliquait pas aux terres de réserve. Il s'agissait d'un différend entre le père et l'une de ses filles titulaire d'un certificat de possession sur des terres de réserve en tenance conjointe. Le père demandait le partage de leurs droits sur la terre en application de la *Partition Act*. Toutefois, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a estimé qu'elle était liée par une décision antérieure de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique voulant que le transfert de Ziprick (le père) donnant naissance à la tenance conjointe avait été fait à l'une de ses filles en fiducie pour elle-même et ses trois soeurs. Par conséquent, il est possible de créer une fiducie sur des terres de réserve suivant laquelle une partie est titulaire d'un droit en vertu d'un certificat de possession au profit de tiers. Il semble toutefois que les principes fiduciaires tels que la fiducie par déduction et la fiducie par interprétation ne peuvent avoir pour effet de modifier le droit légal dont le membre d'une bande peut être titulaire en vertu d'un certificat de possession délivré sous le régime de la *Loi sur les Indiens*.

---

[151] *Sault* c. *Jacobs* [2001] *Ontario Judgments* n° 1996 (C.S.J.O.).

[152] *V.W.* c. *R.N.S.* [1998] *Ontario Judgments* n° 4889 (C.J.O. Div. Gén.).

[153] *Miller* c. *Miller* [1983] *Ontario Judgments* n° 936 (C.Cté Ont.).

[154] *Simpson* c. *Ziprick* [1995] B.C.J. n° 1740 (C.S.C.-B.).

Quoi qu'il en soit, les recours offerts hors réserve aux conjoints de fait qui cherchent à obtenir une ordonnance de partage de biens sont difficiles à faire valoir. C'est ce qu'a noté le tribunal dans l'affaire *Walsh* c. *Bona :*

> [TRADUCTION] ...le fait que l'appelante puisse se prévaloir des recours en *equity* de l'enrichissement sans cause et de la fiducie par déduction ne lui confère pas les droits dont jouit une personne mariée en vertu de la *Marital Property Act*. Faire valoir pareil recours en *equity* est difficile, prend beaucoup de temps, est coûteux et incertain (voir par exemple, *Peter* c. *Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980). Si l'appelante doit invoquer ces recours en *equity*, elle a la charge de la preuve sur plusieurs points. Elle doit établir qu'elle a fait une contribution à l'acquisition du bien, la valeur de cette contribution, et qu'elle avait une attente raisonnable d'en être indemnisée. Ces recours en *equity* présentent une difficulté additionnelle en ce qu'il peut être difficile de réunir les éléments de preuve nécessaires dans le cadre d'une relation conjugale.[155]

Dans l'ensemble, il semble que les conjoints de fait aient plus de difficulté à faire valoir des recours en common law ou en *equity* à l'égard des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves que les conjoints de fait hors réserve. En outre, les conjoints de fait ne peuvent se prévaloir des droits ou recours prévus par la loi à l'égard des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves (ce qui est également la situation des couples mariés à l'égard des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves, à l'exception de l'évaluation et d'une ordonnance d'indemnisation). Enfin, les conjoints de fait dans les réserves, tout comme les conjoints de fait hors réserve, sont soustraits à la plupart des lois provinciales (mais pas toutes les lois territoriales) concernant le partage des biens meubles (jusqu'à ce que les contestations fondées sur la *Charte* entraînent des modifications à la loi). La *Loi sur les Indiens* a été modifiée récemment pour que les conjoints de fait soient traités de la même façon que les personnes mariées à certaines fins, mais ces modifications n'ont pas d'incidence sur la question des biens immobiliers matrimoniaux, parce que la loi est entièrement muette sur le sujet.

Au Québec, l'Assemblée nationale du Québec a adopté le projet de loi 84, la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*[156]. Cette loi apporte des modifications importantes au statut des couples de sexes opposés qui cohabitent hors mariage et des couples de même sexe. La loi établit une « union civile » offerte aux couples de sexes opposés ou de même sexe, et reconnaît plusieurs droits et obligations comparables aux couples mariés en vertu du droit provincial. L'article 521.1 du Code civil définit maintenant l'union civile comme suit :

> L'union civile est l'engagement de deux personnes âgées de 18 ans ou

---

[155] *Walsh* c. *Bona* [2000] *Nova Scotia Judgments* n° 117 (C.A.N.-É.), par. 49.

[156] Projet de loi 84, la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, 2e session, 36e législature, (adoptée le 7 juin 2002 et entrée en vigueur le 24 juin 2002).

> plus qui expriment leur consentement libre et éclairé à faire vie commune et à respecter les droits et obligations liés à cet état. Elle ne peut être contractée qu'entre personnes libres de tout lien de mariage ou d'union civile antérieur et que si l'une n'est pas, par rapport à l'autre, un ascendant, un descendant, un frère ou une soeur.[157]

En langue anglaise, la Loi remplace le terme « spouse » par « married or civil union spouse » et le terme « spouses » par « married or civil union spouses ». La loi modifie également l'article 365 du Code civil en décrivant la mariage non plus comme l'union entre « un homme et une femme », mais comme l'union entre « deux personnes ».[158] Tout fonctionnaire habilité à célébrer les mariages au Québec peut marier des couples en union civile. Cela comprendrait apparemment des personnes de la collectivité Mohawk, qui sont désignées par la collectivité et le ministre de la Justice du Québec.[159] Les lois fédérales, telles que la *Loi sur le divorce*, ne sont évidemment pas touchées par ces modifications au droit provincial concernant la définition du mariage. Toutefois, le projet de loi 84 prévoit un processus de dissolution des unions civiles au moyen d'une déclaration notariée conjointe de dissolution ou par jugement d'un tribunal. Le Code civil modifié, en qualité de loi provinciale, ne peut avoir d'incidence sur les droits immobiliers dans les réserves au Québec. Il en résulte que le Code civil maintient la distinction entre le « mariage » (dont la nouvelle définition vise « deux personnes ») et la nouvelle institution de l'« union civile ». Les règles concernant le patrimoine familial à l'article 415 sont liées à l'institution du mariage en raison de l'article 414. Il semblerait par conséquent que les personnes en union civile (du même sexe ou de sexes opposés) ne peuvent se prévaloir des dispositions relatives au patrimoine familial.

Le principe du patrimoine familial et les nouveaux mécanismes prévus par le projet de loi 84 concernant les biens immobiliers entre conjoints en union civile, de même sexe ou de sexes opposés, ne s'appliqueraient pas aux droits immobiliers dans les réserves au Québec (ou ailleurs) en raison des principes énoncés dans les arrêts *Derrickson* et *Paul*.

Le Québec et la Nouvelle-Écosse ont décidé de permettre aux conjoints de fait d'assumer les importantes obligations juridiques prévues dans leurs lois respectives en matière de biens matrimoniaux, en concluant des conventions et en prévoyant l'enregistrement de ces unions. Cela permet aux couples qui ont une relation conjugale mais qui ne se considèrent pas comme une « famille » ou qui ne désirent pas assumer les obligations légales relatives aux biens matrimoniaux d'exercer ce choix. Cet élément

---

[157] Article 521.1 du Code civil du Québec.

[158] Article 22 du projet de loi 84, *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, 2e session, 36e législature. (adoptée le 7 juin 2002 et entrée en vigueur le 24 juin 2002).

[159] L'article 366 du Code civil du Québec traite du pouvoir des personnes habilitées à célébrer des mariages au Québec, y compris ce processus conjoint Québec/Mohawk de désigner des fonctionnaires pour célébrer des mariages dans les collectivités Mohawk.

de choix entraîne une distinction entre les conjoints de fait et les conjoints de même sexe d'une part, et les conjoints mariés d'autre part en ce qui a trait à l'application des dispositions relatives aux biens matrimoniaux.

Loi sur la gestion des terres de premières nations

La *Loi sur la gestion des terres de premières nations (LGTPN)* a été adoptée par le législateur fédéral en 1999 à la demande de quatorze bandes assujetties à la *Loi sur les Indiens* désireuses de se soustraire au régime de gestion foncière prévu par la *Loi sur les Indiens* afin de favoriser leur développement économique. La Loi prévoit que le terme « première nation » s'entend d'une bande dont le nom figure à l'annexe. D'autres Premières nations peuvent demander au gouverneur en conseil que la Loi s'applique également à elles.

Cette Loi avait été précédée par un Accord-cadre relatif à la gestion des terres des Premières nations, intervenu entre le Canada et quatorze Premières nations. L'Accord-cadre en décrivait les principaux éléments et est qualifié de [TRADUCTION] « accord de gouvernement à gouvernement dans le cadre de la Constitution du Canada ».[160] L'Accord énonce qu'il ne s'agit pas d'un traité au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Chaque collectivité qui choisit de devenir assujettie à la *LGTPN* doit adopter un code foncier conformément à l'Accord-cadre pour remplacer les dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives à la gestion foncière. Ces codes fonciers auront force de loi. L'Accord-cadre prévoit l'adoption de lois par les Premières nations pour régler la question des biens immobiliers matrimoniaux. L'article 5.4 de l'Accord-cadre prévoit comme suit :

> [TRADUCTION]
> Afin de préciser les intentions des Premières nations du Canada en ce qui a trait à l'échec du mariage et à ses incidences sur les terres des Premières nations :
> a) une Première nation établira un mécanisme communautaire dans son code foncier pour mettre au point des règles et des procédures applicables en cas d'échec du mariage, à l'utilisation et à l'occupation ou la possession des terres de la Première nation et au partage des intérêts sur celles-ci;
> b) il est précisé que les règles et les procédures visées à l'alinéa a) n'établiront aucune distinction fondée sur le sexe;
> c) les règles et les procédures visées à l'alinéa a) seront promulguées dans le code foncier de la Première nation ou dans les lois de la Première nation;

---

[160] *L'Accord-cadre sur la gestion des terres des Premières nations* se trouve à l'adresse *http://www.fafnlm.com* (en anglais seulement).

d) afin de permettre de consulter la collectivité dans le cadre du mécanisme communautaire visé à l'alinéa a), la Première nation disposera d'un délai de 12 mois à compter de la date de prise d'effet du code foncier pour promulguer les règles et les procédures;
e) tout différend entre le Ministre et une Première nation à l'égard de la présente disposition, malgré la disposition 43.3, est assujetti à l'arbitrage conformément à la partie IX;
f) il est précisé que la présente disposition s'applique également à toute Première nation qui a voté l'approbation d'un code foncier avant l'entrée en vigueur de la disposition.

La *LGTPN* exige que chaque collectivité établisse un processus de consultation populaire visant « l'établissement de règles applicables, en cas d'échec du mariage, en matière soit d'utilisation, d'occupation ou de possession des terres de la Première nation, soit de partage des intérêts sur celles-ci » parmi les autres éléments requis du code foncier.[161] Le paragraphe 17(1) prévoit que la Première nation doit, aux termes du processus de consultation populaire, « veiller à l'établissement de règles générales, de procédures et autres, applicables en cas d'échec du mariage, en matière soit d'utilisation, d'occupation ou de possession des terres de la Première nation, soit de partage des intérêts sur celles-ci ». Le paragraphe 17(2) prévoit que chaque Première nation est tenue, dans les 12 mois qui suivent la date d'entrée en vigueur du code foncier, d'insérer ces règles générales, de procédures et autres, dans son code foncier ou de prendre des textes législatifs sur le sujet. Le paragraphe 17(3) prévoit que la Première nation ou le ministre peut, en conformité avec l'Accord-cadre, saisir un arbitre de tout différend relatif à l'établissement de ces règles.

Voici les principaux aspects du traitement de la question des droits immobiliers matrimoniaux sous le régime de la *LGTPN* :

- L'Accord et la Loi sont ambigus en ce qui a trait aux lois adoptées par les Premières nations, à savoir si elles constituent l'exercice d'un pouvoir fédéral délégué ou l'exercice d'une compétence inhérente aux Premières nations;
- Bien que l'exigence de traiter la question des biens matrimoniaux dans les 12 mois de l'adoption d'un code foncier soit formulée en termes obligatoires à l'article 17, sa mise en oeuvre exige au moins trois actions séparées de la part des Premières nations : premièrement, qu'elles entreprennent un processus de consultation populaire, puis qu'elles rédigent les règles et procédures, et enfin qu'elles les intègrent au code foncier ou qu'elles adoptent un texte législatif en application de la *LGTPN*;
- Il ne semble y avoir aucune façon pour les membres individuels des Premières nations d'obliger celles-ci à établir des règles et des procédures traitant de la question des biens immobiliers matrimoniaux;

[161] *Loi sur la gestion des terres de premières nations*, L.C. 1999, chap. 24, al. 6(1)*f*).

- L'Accord-cadre exige que ces règles soient établies sans distinction fondée sur le sexe et cette exigence semble avoir été incorporée par renvoi à la Loi en vertu du paragraphe 17(1);
- L'absence de discrimination fondée sur le sexe ne vise que les règles et procédures et non le texte législatif qui est finalement adopté;
- L'exigence de traiter des biens immobiliers matrimoniaux s'applique en cas d'échec du « mariage » : on ignore si elle devra s'appliquer également aux mariages coutumiers ou aux unions de fait;
- La *LGTPN* prévoit expressément que les Premières nations peuvent adopter des codes fonciers traitant des intérêts sur les terres de la Première nation en application de la *Loi sur les Indiens* ou en vertu « de la coutume de la Première nation » ou en vertu d'un permis ou d'un bail[162], ainsi que le pouvoir exprès d'adopter des « règles générales -- de procédures et autres -- »[163] en cas d'échec du mariage.[164] (Il n'est pas certain que ce pouvoir s'étend aux questions de violence familiale.)
- Le pouvoir législatif du conseil de bande dans ce domaine est assujetti à l'approbation de la collectivité, soit 25 % plus un des électeurs admissibles (cela comprend maintenant les membres qui vivent hors réserve à la suite de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Corbiere*);
- L'absence d'un régime législatif provisoire ou par défaut en attendant l'adoption de textes législatifs des Premières nations en matière de biens matrimoniaux;
- La Loi et l'Accord-cadre ne traitent pas expressément de la question de la compétence des Premières nations de statuer sur la question des droits immobiliers matrimoniaux dans les situations de violence.

Les termes utilisés dans la *LGTPN* s'entendent au sens de la *Loi sur les Indiens*, sauf indication contraire suivant le paragraphe 2(2). Par conséquent, le terme « époux » a une définition distincte de celle de « conjoint de fait » suivant la *Loi sur la modernisation des régimes d'avantages et d'obligations*.[165]

Jusqu'à maintenant, quatre des quatorze Premières nations auxquelles s'applique la *Loi sur la gestion des terres de premières nations* ont adopté des textes législatifs en matière de biens matrimoniaux (les Mississaugas de Scugog Island, la Première nation Muskoday, la Première nation Georgina Island et la Première nation Lheidi T'Enneh). Les quatre textes sont très semblables.

---

[162] *Loi sur la gestion des terres de premières nations*, L.C. 1999, chap. 24, al. 6(1)b).

[163] La distinction entre les « règles générales – de procédure et autres – » et les « codes » et « textes législatifs » prévus par la *LGTPN* n'est pas claire.

[164] *Loi sur la gestion des terres de premières nations*, L.C. 1999, chap. 24, par. 17(1).

[165] *Loi sur la modernisation des régimes d'avantages et d'obligations*, L.C. 2000, chap. 12, art. 148 à 152.

Les Chippewas de la Première nation Georgina Island ont adopté leur texte législatif sur les bien immobiliers matrimoniaux en application de la *LGTPN* en décembre 2000. L'un des paragraphes du préambule déclare que son objet est de [TRADUCTION] « fournir des droits et des recours, sans discrimination fondée sur le sexe, aux conjoints qui ont des droits sur les terres de la Première nation ou prétendent en avoir en cas d'échec de leur mariage ». La Loi ne s'applique qu'aux droits sur les terres de la Première nation ou que l'on cherche à faire valoir sous le régime de la loi. La Loi ne vise pas les situations où aucun des deux époux n'est un membre de la Première nation.

Le foyer conjugal est défini comme suit :

> [TRADUCTION] « Un droit sur une terre de la Première nation qui est, ou si les conjoints se sont séparés, était au moment de la séparation, habituellement occupée par la personne et son conjoint comme résidence familiale, lorsqu'une parcelle d'une terre de la Première nation qui constitue un droit sur une terre de la Première nation aux fins de la présente loi comprend un foyer conjugal et est habituellement utilisée à une autre fin que la résidence, le foyer conjugal ne consiste qu'en la partie du droit sur la terre de la Première nation qu'il est raisonnable de considérer comme nécessaire à l'utilisation et la jouissance de la résidence familiale ».

La définition de « époux » dans cette loi peut comprendre les mariages sous le régime du droit provincial et du droit coutumier (la question n'est pas claire) mais ne semble pas comprendre les unions de fait :

> [TRADUCTION]
> « "époux" l'homme et la femme qui :
> a) sont mariés l'un à l'autre; ou
> b) ont ensemble conclu un mariage qui est annulable ou nul, de bonne foi de la part de la personne qui invoque la présente disposition pour faire valoir en vertu de la présente loi. »

La partie 2 de la Loi renferme des dispositions relatives aux contrats familiaux. La partie 3 confère au Conseil consultatif de la gestion foncière le pouvoir de jouer le rôle de médiateur si les conjoints sont incapables de conclure leur propre contrat familial concernant leurs droits respectifs sur les biens immobiliers matrimoniaux. Cela comprend la « médiation obligatoire ». Les coûts de la médiation sont partagés également entre les conjoints. Si la médiation réussit, elle doit mener à une convention de séparation écrite qui renferme l'entente intervenue entre les parties concernant leurs droits sur les terres de la Première nation et doit viser tous les droits sur une terre de la Première nation dont l'un des conjoints, ou les deux, sont titulaires.

Les participantes aux groupes de discussion ont exprimé un vif intérêt pour les processus de médiation et souligné que ceux-ci devaient tenir compte des traditions et

des valeurs des Premières nations concernant le règlement des différends. Cependant, des difficultés pourraient surgir si la médiation est obligatoire et qu'une femme d'une Première nation abandonne une relation marquée par la violence. De nombreuses femmes sont intimidées par l'homme et pourraient accepter un règlement parce qu'elles craignent les conséquences d'un refus. Des techniques particulières de médiation sont manifestement nécessaires pour régler ces situations.
On ignore si l'exigence de médiation dans les lois sur les biens matrimoniaux permet aux deux parties d'avoir accès à des conseillers juridiques indépendants sur toute entente qui peut être conclue.

La partie 4 prévoit l'accès à un tribunal compétent (la Cour supérieure de justice de l'Ontario ou la Cour unifiée de la famille de l'Ontario) lorsque la médiation en vertu de la partie 3 échoue. En pareil cas, le tribunal compétent peut régler les droits sur les terres des Premières nations dont est titulaire l'un ou l'autre conjoint, ou les deux, de façon compatible avec les dispositions de la *Loi sur le droit de la famille* (Ontario). Cela signifie que les dispositions législatives en matière de biens immobiliers matrimoniaux applicables à la propriété, la possession ou l'occupation de biens immobiliers, le partage des droits sur les biens immobiliers et les biens familiaux net représentant la valeur des droits sur les biens immobiliers s'appliqueraient dans les réserves en cause sur une base ponctuelle (à mesure que les parties présentent des demandes au tribunal à cette fin). (Il faut souligner que certaines participantes aux groupes de discussion ont estimé que l'élargissement de l'application des dispositions législatives provinciales en matière de biens matrimoniaux ne favorise pas les objectifs généraux des Premières nations qui visent à rétablir le contrôle collectif sur les questions liées aux biens et les valeurs des Premières nations.)

Aucune disposition ne traite des situations où les parties ne sont pas en mesure de supporter le coût de la médiation obligatoire. Cela peut constituer un obstacle pour les conjoints à faible revenu, et au bout du compte un obstacle à l'accès aux tribunaux lorsqu'un conjoint plus difficile et plus aisé est titulaire d'un certificat de possession sur le foyer conjugal et n'entend pas régler hors cour.

Dans l'ensemble, le texte législatif de Georgina Island est très exhaustif. Parmi d'autres questions, le texte prévoit ce qui suit :

1. à l'égard des droits sur les terres d'une Première nation dont est titulaire un conjoint ou les deux conjoints, les tribunaux peuvent rendre toute ordonnance qu'ils peuvent normalement rendre à l'égard de biens immobiliers situés en Ontario, y compris une ordonnance de transfert en propriété absolue d'un droit sur une terre de la Première nation à un conjoint ou une ordonnance de partage et de vente d'un droit sur une terre de la Première nation dont sont titulaires les deux conjoints;
2. un conjoint peut demander une ordonnance déclaratoire de possession du droit sur la terre de la Première nation;
3. peu importe lequel des deux conjoints est titulaire du droit sur la terre de la Première nation sur laquelle se trouve le foyer conjugal, le tribunal peut ordonner

qu'un conjoint en ait la possession exclusive, y compris rendre une ordonnance provisoire ou temporaire (et donner des directives s'il y a des enfants);

4. la possession d'un droit sur une terre de la Première nation en vertu des dispositions législatives en matière de droits immobiliers matrimoniaux à une personne qui n'est pas membre est incessible et réputée éteinte lorsque cette personne cesse d'utiliser ou d'occuper la terre qui fait l'objet du droit .

Les textes législatifs adoptés par la Première nation Mississauga de Scugog Island et la Première nation Muskoday ressemblent aux textes législatifs en matière de biens immobiliers matrimoniaux de Georgina Island. Chacun de ces textes représente un énorme progrès comparativement à la situation prévalant sous le régime de la *Loi sur les Indiens*. Au besoin, les Premières nations assujetties à la *LGTPN* peuvent faire appel à l'aide et aux ressources du Conseil consultatif de gestion foncière pour élaborer leurs textes législatifs dans ce domaine.

Ententes sur l'autonomie gouvernementale

La politique sur l'autonomie gouvernementale des Autochtones de 1995 reconnaît un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale comme un droit figurant au paragraphe 35, mais ne reconnaît pas que n'importe quelle Première nation possède un tel droit. La volonté fédérale de négocier des ententes d'autonomie gouvernementale reconnaissant une juridiction d'une Première nation dans certains domaines tels que décrits par la politique, ne semble pas inclure la reconnaissance d'aucune juridiction inhérente à ces domaines. Ainsi, la volonté du gouvernement fédéral de négocier des dossiers relevant des biens immobiliers matrimoniaux (dont il sera question plus loin) ne comprend pas nécessairement l'acceptation d'une juridiction d'une Première nation inhérente à ce domaine.

Dans le cadre des politiques fédérales en matière d'autonomie gouvernementale et de revendications territoriales globales, plusieurs ententes ont été conclues avec différentes Premières nations qui traitent du pouvoir de la Première nation sur les terres de réserve ou les terres octroyées par l'entente. Ces ententes illustrent une grande variété d'approches différentes en ce qui a trait à la question des biens matrimoniaux : certaines n'en traitent pas du tout, choisissant plutôt que les lois provinciales d'application générale s'appliquent, alors que d'autres prévoient expressément que la Première nation élaborera des textes législatifs concernant le partage des biens immobiliers matrimoniaux (dans le cas d'une entente de principe).

La plupart des ententes relatives à l'autonomie gouvernementale ne font pas état expressément de la compétence sur les biens matrimoniaux dans les dispositions énumérant les pouvoirs de la Première nation. Il semble que lorsque des ententes relatives à l'autonomie gouvernementale reconnaissent la compétence de la Première nation sur les terres de réserve ou les terres octroyées par l'entente, on présume qu'elle a la compétence pour adopter des textes législatifs relatifs aux biens immobiliers matrimoniaux. Les ententes sur l'autonomie gouvernementale sectorielles (des ententes

qui traitent de questions particulières telles que l'éducation seulement) ne traitent pas des biens immobiliers ou mobiliers, y compris des biens matrimoniaux.

Certaines ententes sur l'autonomie gouvernementale et ententes globales prévoient l'application des lois provinciales aux biens immobiliers matrimoniaux aux termes de dispositions d'ordre général concernant l'application des lois provinciales d'application générale aux terres octroyées par l'entente à la Première nation. L'Accord définitif Nisga'a prévoit que les terres octroyées par l'entente aux Nisga'as ne sont pas des terres visées par le paragraphe 91(24) (des terres réservées aux Indiens). Cela signifie qu'en l'absence d'un texte législatif Nisga'a sur la question des biens immobiliers matrimoniaux concernant les terres Nisga'as, les lois provinciales d'application générale s'appliqueraient.

Pour ce qui est de l'entente sur l'autonomie gouvernementale de la Première nation Champagne et Aishihik par exemple, la question pourrait relever de l'article 13.3.2 : [TRADUCTION] « allocation ou aliénation des droits et intérêts à l'égard des terres visées par l'entente, y compris l'expropriation par les Premières nations Champagne et Aishihik pour des fins qui leur sont propres ». On ignore si ce pouvoir législatif est limité au pouvoir d'attribuer des terres de réserve et d'autres droits ou s'il comprend également le pouvoir de traiter des questions relatives aux biens matrimoniaux dans la même mesure que les gouvernements provinciaux. Toutefois, si l'on suppose que l'entente est muette sur la question, les lois territoriales d'application générale s'appliqueraient en raison de l'article 13.5 de l'entente sur l'autonomie gouvernementale des Premières nations Champagne et Aishihik. Par contre, si le pouvoir législatif concernant l'attribution de terres comprend les questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux, le droit territorial s'appliquerait jusqu'à ce qu'il soit remplacé par un texte législatif des Premières nations Champagne et Aishihik valablement promulgué (13.5.3). Cette entente sur l'autonomie gouvernementale prévoit également l'adoption par les Premières nations Champagne et Aishihik de toute loi du Yukon ou loi fédérale comme l'un de ses propres textes législatifs concernant les questions visées par l'entente (article 20.1). Cela semblerait permettre aux Premières nations d'adopter la législation territoriale relative aux biens immobiliers matrimoniaux plutôt que de promulguer leur propre texte législatif, s'il s'agit là d'un domaine de compétence législative relevant de la Première nation. (L'accord d'autonomie gouvernementale des Premières nations Champagne et Aishihik a été finalisé avant que la politique fédérale de 1995 relative à l'autonomie gouvernementale soit adoptée.)

L'Accord définitif Nisga'a renferme une clause semblable qui reconnaît le pouvoir de la Première nation Nisga'a sur l'attribution et l'aliénation de terres, sans traiter expressément des biens immobiliers matrimoniaux. L'Accord définitif Nisga'a renferme aussi plusieurs dispositions permettant l'application des lois provinciales en matière de droit de la famille et de biens matrimoniaux. Tout d'abord, les terres Nisga'as ne sont pas des « terres réservées pour les Indiens» au sens du paragraphe 91(24) (disposition générale 10) et la *Loi sur les Indiens* ne s'applique plus sauf aux fins de déterminer si un individu est un « Indien » (disposition générale 18). En outre, la disposition générale

13 prévoit que les lois fédérales et provinciales d'application générale s'appliquent à la nation Nisga'a, à ses villages, ses institutions, ses sociétés, ses citoyens, ainsi qu'à ses terres (en cas d'incompatibilité entre l'Accord et les dispositions de toute loi fédérale ou provinciale, l'Accord l'emporte dans la mesure de l'incompatibilité). Dans une présentation au Comité permanent des affaires autochtones et du Nord canadien en 1999, le conseil tribal Nisga'a s'est exprimé comme suit :

> TRADUCTION] Les lois fédérales et provinciales s'appliquent à la nation Nisga'a, aux villages Nisga'a, aux citoyens Nisga'a et aux terres Nisga'a, sous réserve de toute incompatibilité ou conflit avec l'Accord définitif ou la législation de mise en oeuvre de l'Accord. (Dispositions générales, paragraphe 13). L'Accord définitif ne dit rien au sujet des biens matrimoniaux, du divorce, du partage des biens, etc. Ce sont donc les lois fédérales et provinciales qui s'appliquent. Le partage des biens matrimoniaux sera donc régi par les lois provinciales d'application générale, assujetties évidemment à la Charte. »[166]

L'Accord définitif Nisga'a renferme également des dispositions particulières permettant le remplacement des certificats de possession délivrés sous le régime de la *Loi sur les Indiens* par des domaines, des intérêts ou des licences d'utilisation ou de possession à l'égard des terres Nisga'as, la parcelle comportant des droits moins équivalents à ceux conférés par un certificat de possession. Éventuellement, ces nouveaux droits fonciers pourraient être enregistrés en vertu du régime d'enregistrement foncier Torrens de la Colombie-Britannique (le régime d'enregistrement foncier de la province). La nation Nisga'a peut empêcher que ces intérêts soient aliénés à quelqu'un de l'extérieur simplement en ajoutant une condition à cet effet. Lorsque la législation de mise en oeuvre de l'Accord est entrée en vigueur et que l'Accord définitif Nisga'a été ratifié, le droit provincial relatif aux biens matrimoniaux a sans doute commencé à s'appliquer à l'égard des terres Nisga'a faisant l'objet d'un certificat de possession émis sous le régime de la *Loi sur les Indiens*, puisque ces terres cessaient dès lors d'être des terres réservées aux Indiens en vertu du paragraphe 91(24).

À tout le moins, ces terres seraient assujetties au droit provincial en matière de biens matrimoniaux à partir du moment où elles sont enregistrées dans le régime d'enregistrement foncier Torrens de la Colombie-Britannique. (L'Accord définitif Nisga'a permet également l'établissement de terres Nisga'as en fiefs simples.)

L'entente de principe globale de la Première nation Meadowlake de 2001 traite de la question de la compétence législative sur les biens familiaux en détail au chap. 26. L'entente décrit le pouvoir de la Première nation sur toute une gamme de questions

---

[166] Présentation du conseil tribal Nisga'a au Comité permanent des affaires autochtones et du Nord canadien, 4 novembre 1999. On trouvera le texte sur le site Internet du conseil tribal Nisga'a à l'adresse *http://www.ntc.bc.ca/standing1.html*.

relatives au droit de la famille et traite de toutes les questions fondamentales en jeu en ce qui a trait aux biens immobiliers matrimoniaux :

> 26.03 Aliments et biens de la famille
>
> (1) Les PNML ont compétence en ce qui concerne :
>
> a) les aliments :
>
> (i) des époux;
> (ii) des conjoints;
> (iii) des enfants;
> (iv) des parents;
> (v) des membres vulnérables de la famille;
> (vi) des autres personnes à charge;
>
> b) le partage ou l'utilisation dans les terres des PNML des biens appartenant aux époux ou conjoints, y compris les sujets relatifs à l'utilisation, la vente ou le partage de la valeur du domicile familial ou des intérêts dans les terres des PNML;
>
> c) les contrats conclus sur les sujets visés aux alinéas a) ou b).
>
> (2) Les lois des PNML promulguées en vertu du paragraphe (1) prévoiront, pour les époux, les conjoints, les enfants, les parents, les membres vulnérables de la famille et les autres personnes à charge, une protection et des droits équivalents à ceux dont jouissent les autres personnes semblables sous le régime des lois fédérales et provinciales applicables.

La plupart des ententes sur l'autonomie gouvernementale, y compris les deux ententes précitées, reconnaissent la compétence législative des Premières nations à l'égard du mariage dans une certaine mesure, mais ne traitent pas, voire excluent expressément, de la compétence sur l'annulation ou le divorce. L'entente de principe globale de la Première nation Meadowlake reconnaît la compétence de la Première nation en ce qui a trait à la capacité juridique de se marier et la célébration du mariage, prévoit la reconnaissance provinciale des mariages célébrés sous l'autorité de la Première nation (et vice versa) et précise que la reconnaissance d'un mariage célébré sous le régime du droit de la Première nation Meadowlake en Saskatchewan, mais ailleurs que sur une terre de la Première nation fera l'objet de négociations futures avec la province de la Saskatchewan (article 26.02). La compétence de la Première nation ne s'étend pas à l'annulation du mariage ou au divorce.

La politique sur l'autonomie gouvernementale autochtone adoptée par le gouvernement fédéral en 1995 reconnaît que la compétence législative sur le « mariage » et les droits de propriété dans les réserves fait partie des questions qui peuvent être l'objet d'une

entente d'autonomie gouvernementale.[167] Le « divorce » est l'un des nombreux domaines dont l'on précise qu'il continuerait de relever principalement de la compétence du gouvernement fédéral, mais à l'égard duquel le gouvernement fédéral est disposé à négocier une certaine compétence autochtone. Suivant la politique, la loi fédérale sur le divorce l'emporterait en cas de conflit avec la loi sur le divorce de la Première nation.

Mariages coutumiers

Le fait de savoir si le droit canadien reconnaît le droit coutumier autochtone relatif au mariage, et de quelle façon il le fait, est un aspect important de la question du droit des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Les gens et les tribunaux des Premières nations doivent être en mesure d'identifier précisément le type de relations auxquelles les règles relatives au partage des biens matrimoniaux fédérales, provinciales ou territoriales, ou celles des Premières nations, s'appliquent, dans les réserves ou hors réserve. Il est également important de déterminer quelle autorité a compétence pour déterminer quand et de quelle façon un mariage a pris fin ou qu'on peut y mettre fin.

Peu d'auteurs ont écrit sur la question[168] et la jurisprudence est rare sur la reconnaissance des mariages coutumiers autochtones.[169] Dans l'ensemble cependant, le droit canadien a reconnu la validité du mariage coutumier autochtone lorsque les éléments nécessaires définis dans l'arrêt *Connolly* sont présents.[170] Ces éléments sont la reconnaissance par la collectivité, le caractère volontaire, l'exclusivité et la permanence. On peut vraisemblablement prétendre que le mariage coutumier autochtone est un droit autochtone protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et qu'une demande fondée sur l'état matrimonial qui en résulte constitue un exercice de ce droit.

---

[167] Canada, *Autonomie gouvernementale autochtone* (Ottawa : Affaires indiennes et du Nord Canada, 1995).

[168] Susan Corrigan, « A Note on Canadian Indian Marriage Law » (1974) 4 *Western Canadian Journal of Anthropology* 17; Henry H. Foster, « Indian And Common Law Marriages » (1975) 3 *American Indian Law Review* 83; Bradford W. Morse, « Indian and Inuit Family Law And The Canadian Legal System » (1980) 8 *American Indian Law Review* 199; Douglas Sanders, *Family Law and Native People* (Ottawa : Commission de réforme du droit du Canada, 1975).

[169] *Connolly* c. *Woolrich and Johnson* (1867) 17 *Rapports judiciaires révisés de la province de Québec* 75 (C.S.Q.), conf. [1869] 1 *Revue légale* 253; *Fraser* c. *Pouliot* [1881] 7 *Quebec Law Reports* 149; *R* c. *Nan-E-Quis-A-Ka* (1889), 1 *Territories Law Reports* 211 (C.S.T.N.-O.); *The Queen* c. *Bear's Shin Bone* [1898-1901] 4 *Territories Law Reports* 173 (1900) (C.S.T.N.-O.); *Re Sheran* [1898-1901] 4 *Territories Law Reports* 83 (C.S.T.N.-O.); *Re Noah Estate* [1961] 36 W.W.R. 557 (C.S.T.N.-O.); *Rex.* c. *Williams*, [1921] 30 B.C.R. 303 (C.S.C.-B.); *Manychief* c. *Poffenroth* (1994), 25 *Alberta Law Reports* (3d) 393 (C.B.R. Alb.).

[170] *Connolly* c. *Woolrich et Johnson* (1867) 17 R.J.R.Q. 75 (C.S.Q.), conf. [1869] 1 R.L. 253; *Manychief* c. *Poffenroth* (1994), 25 *Alberta Law Reports* (3d) 393 (C.B.R. Alb.).

L'arrêt de principe concernant la reconnaissance du mariage coutumier autochtone est *Connolly* c. *Woolrich et Johnson*[171], une décision de 1867 mettant en cause la succession d'un homme d'ascendance européenne marié à une femme crie conformément à la coutume crie en 1803, qui l'a par la suite laissée et a épousé une autre femme au Québec sous le régime du droit québécois. L'affaire *Connolly* portait sur la validité en droit canadien du mariage célébré conformément à la coutume crie en 1803 dans la région d'Athabaska (avant que le droit anglais ait commencé à s'appliquer dans les Territoires du Nord-Ouest). Le mariage a été jugé valable par la Cour supérieure du Québec puisqu'il présentait trois caractéristiques essentielles : le caractère volontaire, la permanence et l'exclusivité.

Depuis l'arrêt *Connolly* c. *Woolrich et Johnson*, la jurisprudence en général souscrit à la reconnaissance des mariages coutumiers autochtones. La Cour supérieure de l'Alberta a examiné passablement en détail l'historique de la reconnaissance du droit coutumier autochtone concernant le mariage dans une décision rendue en 1994. Dans l'affaire *Manychief* c. *Poffenroth*, M. Le juge McBain de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta en est venu à certaines conclusions d'ordre général concernant la reconnaissance des mariages coutumiers autochtones (il a utilisé des termes comme « mariage autochtone », « mariage indien » et « mariage coutumier indien » sans distinction entre eux). Il en est venu à ces conclusions dans le contexte particulier d'une demande d'indemnisation présentée par une femme autochtone en vertu de la loi provinciale *Fatal Accidents Amendment Act* (FAA) :

- Bien que les conjointes de fait ne soient pas comprises dans la définition de « épouse » en vertu des lois sur l'indemnisation des victimes d'accident mortel (suivant la jurisprudence antérieure), une femme d'un « mariage indien » pouvait se prévaloir de la FAA si la loi reconnaît la validité de ce mariage;
- Dans l'ensemble, la jurisprudence canadienne a accepté la validité du mariage coutumier autochtone;
- La validité d'un mariage coutumier indien et le statut qui en résulte sont justifiés, dans la mesure où les lois et coutumes autochtones ne sont pas incompatibles avec les principes de justice naturelle, d'équité et de moralité. Un mariage coutumier indien qui présente les éléments nécessaires mentionnés par M. Le juge Monk dans l'affaire *Connolly*, soit la validité suivant la collectivité, le caractère volontaire, l'exclusivité et la permanence devrait respecter ce critère de compatibilité;
- On peut prétendre que le mariage coutumier indien est un droit ancestral autochtone, et qu'une demande basée sur l'état matrimonial qui en résulte constitue un exercice de ce droit. Si c'est le cas, cet état est reconnu, confirmé et garanti par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, à moins qu'il n'ait été régulièrement éteint avant 1982;
- Si l'on démontre que le mariage coutumier constituait une partie intégrante d'une culture autochtone distincte (c.à-d. peut-être par une longue reconnaissance de cette pratique) au moment où la souveraineté de la Couronne a été affirmée,

[171] (1867) 17 *Rapports judicaires révisés de la province de Québec* 75 (C.S.Q.).

cela établit vraisemblablement un droit ancestral autochtone. La reconnaissance de l'état matrimonial découlerait naturellement de ce droit. (Le tribunal s'est fondé sur la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Delgamuukw* et *Van der Peet* sur ce point.);

- Puisque la FAA est complètement muette en ce qui concerne la définition d'« épouse » et que la FAA et ses versions antérieures sont muettes concernant l'extinction du droit d'une femme en vertu d'un mariage coutumier indien de présenter une demande à l'égard du décès de son conjoint, le mariage coutumier de la tribu Blood constitue un droit ancestral autochtone, maintenant protégé constitutionnellement, qui n'a pas été éteint avant 1982.

Compte tenu des faits dans l'affaire *Manychief*, le tribunal a statué que la relation ne présentait pas d'aspect autochtone distinct et n'était [TRADUCTION] « rien d'autre que l'union de fait que l'on observe fréquemment chez les non-Autochtones ». Le tribunal a rejeté la prétention de la demanderesse suivant laquelle la perception par la collectivité de sa relation représentait une évolution de la coutume Blood à l'égard du mariage. Néanmoins, cette affaire représente une confirmation claire que les mariages coutumiers autochtones sont équivalents aux mariages célébrés sous le régime de la loi provinciale aux fins de la loi en question.

Aux États-Unis, la compétence des nations indiennes sur les « relations familiales » est bien établie, et comprend le divorce.[172] Les « Confederated Tribes of the Grande Ronde » d'Oregon ont adopté une « Divorce Ordinance » conférant à la « Grande Ronde Community of Oregon Tribal Court » le pouvoir de dissoudre le mariage dans le cas de divorces non contestés en l'absence d'enfants et sous réserve d'autres restrictions. Ce pouvoir s'applique également à un conjoint qui n'est pas un membre de la tribu ni un résident de la réserve lorsque ce conjoint a reconnu la compétence de la « Tribal Court ».[173]

Droit coutumier autochtone

Les spécialistes des Premières nations ont souligné combien il était difficile d'expliquer les concepts du droit et les valeurs collectives des Premières nations d'une façon compréhensible pour les juristes occidentaux.[174] De nombreux aspects du droit, des valeurs et de la conception du monde des Premières nations sont radicalement

---

[172] Voir la jurisprudence mentionnée au paragraphe 6 de l'affaire *Weston* c. *Jones*, 1999 SD 160 (Cour suprême du Dakota du Sud, 22 décembre 1999).

[173] On trouvera cette ordonnance en matière de divorce de la « Confederated Tribes of the Grande Ronde Community of Oregon » à l'adresse *http://www.tribalresourcecenter.org/pp./codes.htm*.

[174] Voir par exemple, James [sakéj] Youngblood Henderson, « First Nations' Legal Inheritances in Canada : The Mikmaq Model » (1996), 23 *Manitoba Law Journal* 1; Patricia A. Monture-Okanee, « The Roles and Responsibilities of Aboriginal Women : Reclaiming Justice » (1992), 56 *Saskatchewan Law Review* 237; Mary Ellen Turpel, « Patriarchy and Paternalism : The Legacy of the Canadian State for First Nation women » (1993) 6 *Canadian Journal of Women and the Law* 174.

différents de leurs équivalents d'origine européenne. Dans un texte approfondi, Sakej Henderson fait part de sa compréhension du modèle micmac d'« héritage juridique », un modèle axé sur des libertés individuelles inscrites dans le cadre des responsabilités collectives. Il s'explique comme suit :

> [TRADUCTION] Les héritages juridiques des Premières nations constituent un royaume des libertés, unifiées par une perception collective profonde et durable. Cette perception peut être symbolisée par le cercle d'influences... où les quatre responsabilités peuvent se traduire par la paix, la bonté, le partage et la confiance.[175]

Sakej Henderson explique en détail comment les libertés juridiques individuelles s'inscrivaient dans chacune des quatre responsabilités. En expliquant le concept de la bonté et en le reliant au droit familial, il s'exprime comme suit :

> [TRADUCTION] L'ordre normatif des Micmacs supposait l'existence d'un consensus clair sur le bon comportement et les responsabilités partagées. Les traditions orales enseignaient que la clé de la compréhension de leur droit familial était la bonté, l'accent étant mis sur l'empathie. Ils n'ont pas établi de système de type européen de droits positifs écrits. Ils vivaient plutôt dans le cadre complexe des rituels et des engagements qui renouvelaient leur compréhension et leur expérience. Dans la pensée anglaise, cela peut ressembler au droit de la famille globale, mais l'analogie est loin d'être adéquate.
>
> Le droit coutumier micmac était un ordre normatif subtil et complexe, dans lequel le mouvement constituait la norme universelle et où il n'existait pas de système nominatif de droit positif. Codifier cet ordre subtil reviendrait à le modifier. Dans la perspective micmac, immobiliser les compréhensions sous forme de règles contrevenait aux processus conçus pour équilibrer la souplesse inhérente de leur conception du monde. Nul n'élaborait ni ne formulait les rituels et les solutions coutumiers. Les « règles » étaient des solutions locales enracinées dans l'expérience et les compréhensions consensuelles. Les lois coutumières constituaient des lignes directrices implicites tirées d'exemples ou de modèles tacites de comportements fondés sur les forces spirituelles, semblables à l'instinct dans le monde animal et tout aussi naturelles que la gravité aux yeux de la science moderne. Ces lignes directrices se traduisaient dans les traditions et les rituels oraux, et le partage des difficultés et des joies de la vie. Le droit coutumier micmac produisait une matrice de processus offrant des lignes directrices d'ordre général, et non précisément détaillés. Mais ses normes n'étaient ni universelles, ni objectives, ni appliquées par des institutions

[175] Henderson, « First Nations' Legal Inheritances in Canada : The Mikmaq Model ».

> d'origine humaine. Il incombait à la famille de lancer le processus coutumier, tandis que la réparation était une fonction du clan.[176]

Les spécialistes du droit coutumier des sociétés à l'extérieur du Canada ont également fait remarquer les avantages de la souplesse du droit coutumier oral et des difficultés et des risques inhérents aux tentatives de le codifier.[177] Parmi les avantages du droit coutumier oral, on peut mentionner :

- la souplesse et la flexibilité qu'il présente au fur et à mesure de l'évolution de la situation et des valeurs des personnes en cause;
- l'importance qu'il accorde aux traditions et aux connaissances uniques des personnes en cause (systèmes d'organisation et de transmission de l'information et de compréhension du monde);
- le rôle privilégié et apprécié qu'il accorde aux aînés dans la transmission des connaissances et des valeurs.

La nature même du droit coutumier oral va à l'encontre de la codification et menace son exactitude et sa légitimité ainsi que sa valeur inhérente comme système vivant et dynamique de connaissance et de pensée.

On note d'autres différences d'approche entre la pensée juridique d'origine européenne et les concepts juridiques des Premières nations en ce qui a trait au mariage. Sakej Henderson explique dans le contexte des Micmacs :

> [TRADUCTION] Dans ce droit privé, un peu comme en droit romain classique, le mariage ne constituait pas une catégorie juridique; il s'agissait d'une décision personnelle relevant de la famille et basée sur l'égalité. En fait, il n'y avait pas de mots dans le langage micmac pour l'homme ou la femme, ou le sexe. À moins que deux personnes consentent à s'allier, chacune était libre de jouir de son corps comme elle l'entendait. Une fois que les partenaires et leurs familles avaient consenti à une union, la fidélité était exigée au nom de l'autodiscipline. Après l'union toutefois, les deux partenaires étaient libres de se séparer en tout temps. Les familles réglaient tout problème pouvant survenir.[178]

L'efficacité du droit coutumier micmac était tributaire de la valeur placée sur la discipline ou le contrôle personnel plutôt que sur une autorité supérieure, et un comportement responsable était récompensé par l'honneur, le respect et la solidarité.

---

[176] Henderson, « First Nations' Legal Inheritances in Canada : The Mikmaq Model ».

[177] H. Patrick Glenn, « The Capture, Reconstruction and Marginalization of "Custom" » (1997) 45 *American Journal of Comparative Law* 613; Walter O. Weyrauch, « Oral Legal Traditions of Gypsies and Some American Equivalents » (1997) 45 *American Journal of Comparative Law* 407.

[178] Henderson, « First Nations' Legal Inheritances in Canada : The Mikmaq Model ».

Reconnaître le droit coutumier autochtone en ce qui a trait aux différends relatifs à la possession du foyer conjugal ou à d'autres biens immobiliers matrimoniaux situés dans les réserves soulève le problème suivant : la question est formulée en termes de droits de propriété privée qui ont été introduits dans la réserve de l'extérieur et souvent imposés dans le cadre du colonialisme. Le débat suppose la reconnaissance du droit coutumier autochtone de même que l'application de la *Loi sur les Indiens*. Par leur nature même, les réserves ne relèvent pas de l'ordre coutumier, mis à part leurs liens dans la plupart des cas, mais pas tous, avec le territoire traditionnel des nations en cause. Les systèmes d'attribution de terres de « réserve » à des personnes individuelles sont donc étrangers au droit coutumier à deux égards. On pourrait prétendre que ces systèmes juridiques sont fondamentalement incompatibles et irréconciliables et que le droit coutumier véritable serait mieux reconnu dans le cadre des négociations relatives au droit à l'autonomie gouvernementale ou à la gestion foncière.

Un autre problème que soulève toute tentative de respecter et de reconnaître véritablement le droit coutumier autochtone est qu'il ne s'agit pas d'un système juridique fondé sur une liste de compétences, mais plutôt un système de connaissances souple, dynamique et holistique. En outre, toute analyse de la compétence législative en matière de « partage des biens matrimoniaux » suppose une certaine conception de la propriété et des notions de propriété privée individuelle qui sont souvent incompatibles avec le droit et les valeurs coutumiers de la plupart des Premières nations. Le droit autochtone et les mariages coutumiers autochtones ne jouissent pas encore du même statut que les lois fédérales et provinciales dans le domaine des biens immobiliers matrimoniaux.

Enfin, si l'on compare les très faibles pouvoirs de légiférer conférés aux Premières nations en matière de droit foncier et de droit de la famille par la *Loi sur les Indiens* aux pouvoirs dont bénéficient les gouvernements provinciaux, on ne saurait s'attendre à ce que les Premières nations soient en mesure de régler les problèmes qui se posent relativement aux biens immobiliers matrimoniaux aussi efficacement que ces derniers, à moins de leur accorder des pouvoirs similaires.

Violence familiale et foyer conjugal dans les collectivités des Premières nations

La violence familiale est l'une des formes les plus dévastatrices et démoralisantes d'oppression dans notre société. Les effets de la violence familiale ont de profondes répercussions sur les victimes et les enfants qui sont témoins de la violence. Quoique les hommes puissent être victimes de violence familiale, la plupart du temps il s'agit de femmes et d'enfants. La violence familiale peut prendre plusieurs formes, y compris les agressions physiques, psychologiques, sexuelles, émotives et financières et peuvent viser n'importe quel membre de la famille. Il est très important de tenir compte du contexte dans l'analyse de la violence familiale dans les collectivités des Premières nations.

La violence familiale dans le contexte des Premières nations est considérée par plusieurs membres des Premières nations comme un mal social qui découle des injustices et des agressions culturelles commises historiquement pendant plusieurs siècles de colonisation. À cet égard, la violence familiale dans le contexte autochtone a été définie comme suit :

> ...conséquence de la colonisation, de l'assimilation forcée et du génocide culturel, les gestes, les valeurs, les convictions, les attitudes et les types de comportement négatifs, cumulatifs et multigénérationnels d'une personne ou d'un peuple qui réduisent ou minent l'harmonie et le bien-être des Autochtones en tant qu'individus, familles, familles étendues, communautés ou peuple...[179]

Karen Green a décrit certaines des sources de la violence familiale dans les collectivités des Premières nations :

> [TRADUCTION] Suivant Sharlene Frank, dans une étude réalisée en 1991 par la Aboriginal Nurses Association of Canada, on a conclu qu'il y avait trois principaux facteurs qui expliquaient la violence familiale, soit l'alcoolisme et la toxicomanie, les problèmes économiques et la violence entre les générations.
>
> Les racines de ce problème sont profondes et anciennes. La perte de la culture et des traditions autochtones a rendu de nombreux autochtones, tant des hommes que des femmes, impuissants et dépendants. Reconnaître la racine du problème permettra aux personnes, aux familles et aux collectivités de chercher à régler cette question.[180]

L'incidence élevée de la violence familiale dans les collectivités des Premières nations a été constatée dans plusieurs études.[181] En fait, la violence et les agressions contre les femmes et les enfants ont été décrites par les femmes des Premières nations comme

---

[179] Santé Canada - Centre national d'information sur la violence dans la famille, *La violence familiale au sein des collectivités autochtones : Une perspective autochtone* (Ottawa : Santé Canada, 1996), p. 1. D'autres définitions de la violence familiale sont analysées par Evelyn Zellerer, *Violence Against Aboriginal Women*, rapport de recherche préparé pour la Commission royale sur les peuples autochtones, août 1993, (CD ROM CRPA, dossier 117844).

[180] Karen Green, « Family Violence in Aboriginal Communities », B.C. Institute Against Family Violence Newsletter, vol. 8, n° 2, 2001.

[181] Voir par exemple, A.C. Hamilton et C.M. Sinclair (commissaires), *Rapport de l'Enquête publique sur l'administration de la justice et les peuples autochtones au Manitoba*, chap. 13, (Winnipeg : Commission d'enquête sur l'administration de la justice et les peuples autochtones, 1991), et Emma D. LaRocque, Commission royale sur les peuples autochtones, *Sur le chemin de la guérison*. (Ottawa : Groupe Communications Canada, 1994).

ayant atteint des proportions épidémiques.[182] Dans une étude menée par la *Ontario Native Women's Association* en 1989, on a déterminé que 80 % des femmes autochtones avaient été victimes de violence familiale, tandis que 50 % des participantes à une étude par la *Indigenous women's collective* ont déclaré qu'elles avaient subi des agressions physiques.[183]

Le sort des femmes qui font face à ce problème de violence peut entraîner de graves conséquences. Lorsque des enfants mineurs de l'un ou des deux membres de la bande sont en cause, les conséquences peuvent être encore plus importantes. Par exemple, lorsqu'une femme a laissé une relation de violence avec son mari, elle a été incapable d'obtenir la possession exclusive du foyer conjugal qui se trouvait dans la réserve du mari. Cette femme s'est retrouvée sans-abri, vivant avec différents parents chez qui elle pouvait passer une nuit ou deux à la fois. Sa situation était aggravée par le fait qu'elle ne voulait pas retourner à la bande dont elle était issue parce qu'elle n'en était plus membre.[184]

Lorsque le cycle de la violence familiale atteint un point culminant, les victimes de violence demandent souvent la protection de la police et du système judiciaire. Les instances en droit de la famille mettent habituellement en cause des conjoints séparés qui doivent composer avec les difficultés émotionnelles qui découlent souvent d'une rupture. Lorsque la situation est compliquée par la violence familiale, cela peut avoir des effets dévastateurs sur les victimes de violence et leurs enfants. Il est souvent nécessaire d'intenter des procédures judiciaires de façon urgente. Les femmes des Premières nations qui vivent dans des réserves isolées sans ressources communautaires et financières suffisantes sont nettement plus désavantagées que les femmes appartenant à la population en général. Il est nécessaire d'intervenir de façon urgente, non seulement pour soulager les victimes de violence familiale et leurs enfants, mais également pour les aider à guérir de leurs blessures. Il est nécessaire de mettre en place toute une gamme d'interventions à tous les paliers de gouvernement pour faire de la sécurité des femmes des Premières nations une priorité dans le contexte du droit de la famille.

Le présent document de travail porte principalement sur la façon dont les femmes dans les réserves peuvent avoir accès aux mêmes recours juridiques que les femmes hors réserve en ce qui a trait aux biens immobiliers matrimoniaux. Malheureusement, la portée de la protection n'est pas aussi complète dans les réserves qu'à l'extérieur des réserves en raison des problèmes d'ordre constitutionnel et d'application analysés dans

---

[182] A.C. Hamilton et C.M. Sinclair (commissaires), *Rapport de l'Enquête publique sur l'administration de la justice et les peuples autochtones au Manitoba*, chap. 13, (Winnipeg : Commission d'enquête sur l'administration de la justice et les peuples autochtones, 1991), p. 7.

[183] *Ibid*, p. 9.

[184] Mavis A. Erickson, « Où sont les femmes? : Rapport de la Représentante spéciale sur la protection des droits des femmes des Premières nations », 12 janvier 2001, p. 74.

d'autres sections du présent document. Les recours pénaux et certains recours civils prévus par les lois d'application générale sont ouverts aux femmes dans les réserves qui cherchent à se protéger contre un partenaire violent. Le droit fédéral est muet sur le sujet de la violence familiale dans le contexte civil des réserves. La question de la compétence des Premières nations n'est toujours pas résolue.

Par exemple, même lorsque les femmes dans les réserves peuvent obtenir une ordonnance de non-communication aux termes du *Code criminel*, elles ne peuvent obtenir une ordonnance de possession exclusive afin de s'assurer un toit pour elles-mêmes et pour leurs enfants, le cas échéant, à moins qu'elles soient la seule personne désignée dans un certificat de possession ou son équivalent. Les problèmes que présente la non-application de certaines lois provinciales et l'absence de loi fédérale ont fait l'objet de la description suivante par la Commission royale sur les peuples autochtones :

> Le fait que la résidence soit au nom de l'époux soulève un problème lorsque la femme maltraitée souhaite assurer sa sécurité en demandant une injonction interdisant à son époux l'accès au foyer conjugal. L'accusation de voies de fait est traitée comme une affaire pénale, mais si l'épouse souhaite obtenir l'occupation exclusive de la résidence conjugale, elle doit intenter une action civile devant un autre tribunal. Lorsque le foyer conjugal se trouve dans une réserve, le tribunal provincial n'est pas habilité à entendre l'affaire, parce qu'elle relève de la compétence fédérale sur les terres réservées pour les Indiens, bien qu'il n'existe aucune loi fédérale applicable à cette situation. En conséquence, la femme n'a bien souvent d'autre choix que de quitter le foyer conjugal. En raison du manque de logement dans la plupart des réserves, les femmes doivent généralement demander l'hospitalité à des membres de leur famille qui vivent déjà dans des logements surpeuplés, à moins qu'elles ne quittent la collectivité. Cela ne fait qu'aggraver le traumatisme des mauvais traitements, puisque la femme perd ainsi sa maison, sa famille étendue et son milieu.[185]

[185] Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, volume 5, Dossier 13691.

Législation provinciale et territoriale en matière de violence familiale

Six provinces et un territoire ont adopté des dispositions législatives en matière de violence familiale qui prévoient des recours civils en sus des protections offertes par le droit pénal. L'Alberta,[186] le Manitoba,[187] la Nouvelle-Écosse,[188] l'Île-du-Prince-Édouard,[189] la Saskatchewan[190] et le Territoire du Yukon[191] ont tous adopté des dispositions législatives en matière de violence familiale. L'Ontario a adopté la *Domestic Violence Protection Act, 2000*, qui a reçu la sanction royale le 21 décembre 2001 mais qui n'a pas encore été promulguée.[192]

Ces dispositions législatives provinciales et territoriales permettent de demander à un tribunal, à partir de moyens légaux simplifiés (et dans quelques provinces, par téléphone), une ordonnance de non-communication à l'encontre des conjoints violents (ou d'autres membres de la famille) et des ordonnances de possession exclusive temporaire du foyer conjugal. Les demandes peuvent être normalement présentées par la victime ou en son nom par une personne désignée comme un travailleur social. On prévoit que ces recours seront utilisés de concert avec le droit pénal pour protéger les victimes de violence familiale. Ces dispositions visent généralement diverses relations familiales, qu'il s'agisse de conjoints de fait, de personnes mariées ou de membres d'une même famille. Bien que ces lois ne puissent régler les causes profondes de la violence familiale, elles peuvent fournir une certaine protection de base aux victimes de violence du point de vue de leur sécurité personnelle tout en répondant au besoin des victimes de violence familiale de demeurer dans leur propre foyer.

En Ontario par exemple, lorsqu'il y a un risque appréciable de harcèlement ou de violence après la séparation, il est possible de demander une ordonnance civile de non-communication. Cela permet au tribunal d'ordonner à une personne de ne pas molester, déranger ou harceler la partie demanderesse ou un enfant sous sa garde. Ces ordonnances peuvent exiger que la personne violente respecte une certaine distance de la résidence ou du lieu de travail de la demanderesse, ou s'abstienne de communiquer, directement ou indirectement, avec celle-ci. Toutefois, il est

---

[186] Alberta, *Protection Against Family Violence Act*, R.S.A. 2000, chap. P-27.

[187] Manitoba, *Loi sur la violence familiale et la protection, la prévention et l'indemnisation en matière de harcèlement criminel*, L.R.M. 1998, chap. D.93.

[188] *Domestic Violence Intervention Act*, S.N.S. 2001, chap. 29.

[189] Île-du-Prince-Édouard, *Victims of Family Violence Act*, S.P.E.I. 1996, chap. V-3.2.

[190] Saskatchewan, *The Victims of Domestic Violence Act*, S.S. 1994, chap. V-6.02.

[191] Yukon, *Loi sur la prévention de la violence familiale*, L.Y. 1997, chap. 12.

[192] Ontario, *Loi sur la protection contre la violence familiale, 2000*, L.O. 2000, chap. 33. (pas encore en vigueur).

habituellement nécessaire d'apporter certains éléments de preuve de violence ou de harcèlement récent pour obtenir pareille ordonnance. Lorsque pareils recours sont légalement disponibles dans les réserves, leur application peut poser un problème. La loi ontarienne prévoit également des ordonnances de possession exclusive du foyer conjugal et de son contenu. Dans l'examen d'une demande d'ordonnance, le tribunal doit tenir compte de plusieurs facteurs, y compris tout acte de violence commis contre la demanderesse ou un enfant par l'autre conjoint.[193]

À l'île-du-Prince-Édouard, la *Victims of Family Violence Act*[194] prévoit des ordonnances de protection d'urgence et des ordonnances d'aide aux victimes. L'ordonnance de protection d'urgence ne peut être rendue que si un juge de paix est convaincu qu'un acte de violence familiale (tel que défini dans la Loi) a été commis et que la situation est grave et urgente. L'ordonnance de protection d'urgence peut servir à plusieurs fins, y compris à ordonner à un agent de la paix d'expulser le conjoint violent du foyer conjugal, à accorder la garde temporaire des enfants, à donner à la victime la possession temporaire de biens meubles (tels une automobile) ou à accorder à la victime l'occupation exclusive du foyer conjugal. L'ordonnance d'assistance aux victimes vise à offrir une protection à plus long terme et serait demandée lorsqu'une ordonnance de protection d'urgence expire ou lorsque la situation ne constitue plus une situation d'urgence. Une ordonnance d'assistance aux victimes peut prévoir différentes mesures, y compris les suivantes :

- l'occupation exclusive du foyer conjugal pour une période définie;
- l'expulsion du conjoint violent du foyer conjugal immédiatement ou dans un délai précisé;
- la supervision par la police de l'enlèvement des biens meubles du foyer conjugal;
- une ordonnance au conjoint violent de se tenir éloigné de certains endroits précisés;
- la garde temporaire ou le soin quotidien des enfants;
- la possession temporaire de biens meubles;
- d'autres ordonnances interdisant au conjoint violent de poser certains actes.

On a peu de renseignements concernant l'applicabilité ou l'application des dispositions traitant d'ordonnances de non-communication ou d'ordonnances de protection d'urgence en vertu des lois sur la violence familiale dans le cas d'actes de violence familiale commis dans les réserves.

Les participantes aux groupes de discussion ont mentionné être très préoccupées par les difficultés d'application des ordonnances de non-communication contre les conjoints dans les réserves. Le Rapport de la représentante spéciale sur la protection des droits des femmes des Premières nations a aussi mentionné que l'application constituait un problème majeur auquel faisaient face les femmes dans les réserves.

---

[193] *Loi sur la protection contre la violence familiale, 2000*, L.O. 2000, chap. 33. (pas encore en vigueur).

[194] *Victims of Family Violence Act*, S.P.E.I. 1996, chap .V-3.2.

> [TRADUCTION]
> Les femmes du groupe de discussion ont raconté que les femmes victimes de violence familiale demandent parfois aux tribunaux des ordonnances temporaires de non-communication qui leur permettent de demeurer au domicile conjugal avec leurs enfants. Il semble toutefois qu'après avoir obtenu ces ordonnances, les femmes se fassent parfois dire par la GRC que les bandes n'ont pas l'autorité nécessaire pour les faire respecter.[195]

Les plans provinciaux prévoient souvent des ordonnances de possession exclusive du foyer conjugal dans le cadre d'un ensemble de recours qui peuvent être demandés et octroyés simultanément. La non-application des ordonnances de possession et la difficulté de faire respecter les ordonnances de non-communication signifient que les femmes des Premières nations ne peuvent bénéficier de la gamme complète des recours offerts par ces dispositions législatives, ce qui les rend moins efficaces dans le contexte des réserves.

Les procédures en vue d'obtenir la garde des enfants constituent un autre moyen pour les femmes d'obtenir la protection de leurs enfants en cas de violence familiale et de rupture du mariage. Depuis quelques années, on comprend mieux les conséquences des agressions contre le conjoint dont est témoin un enfant. On accorde à ce facteur plus d'importance dans les décisions judiciaires en matière de garde d'enfant et de droit de visite. Nicholas Bala conclut que les tribunaux canadiens reconnaissent qu'il y a lieu de traiter différemment les situations de violence et qu'ils tiennent davantage compte de la nature de la violence, de ses effets sur les enfants, et des répercussions futures qu'elle peut avoir, ainsi que du risque de préjudice immédiat pour l'enfant.[196] Dans le cas des réserves, même lorsqu'une femme obtient la garde des enfants, les tribunaux ne peuvent ordonner la possession exclusive du foyer conjugal. Là encore, les femmes des Premières nations dans les réserves sont désavantagées en ce qui a trait aux recours dont elles disposent dans les situations de violence familiale. En conséquence, les femmes placées dans ces situations doivent chercher refuge ailleurs pendant que le conjoint violent titulaire du certificat de possession continue à occuper le foyer conjugal.

Lorsque le bien immobilier est le seul actif du mariage, ou peu s'en faut, et lorsque le mari est titulaire du certificat de possession, les femmes des Premières nations se retrouvent à toutes fins pratiques sans recours. Elles ne peuvent obtenir une ordonnance leur accordant la possession exclusive du foyer conjugal situé dans la réserve, et puisqu'une ordonnance de non-communication ne leur permettra pas de

---

[195] Mavis A. Erickson, « Où sont les femmes? : Rapport de la Représentante spéciale sur la protection des droits des femmes des premières nations », 12 janvier 2001, pp. 60 et 61.

[196] Nicholas Bala, « Spousal Abuse in Custody and Access Disputes: A Differentiated Approach » (1996) 13 *Canadian Journal of Family Law* 215.

demeurer dans le foyer conjugal, ce sont elles qui doivent quitter et trouver refuge ailleurs pour elles-mêmes et leurs enfants.

Il est bien connu toutefois qu'il y a une grave pénurie de logements dans les réserves. Lorsqu'il leur est impossible de trouver un autre logement ailleurs dans la réserve, les femmes des Premières nations doivent habiter avec des parents ou des amis qui peuvent les héberger pendant une période de temps limitée. Les participantes aux groupes de discussion ont indiqué que la grave pénurie de logements dans les réserves était un facteur récurent défavorable aux femmes en général et en particulier à celles qui se trouvent dans une situation de violence familiale. En général, les femmes qui cherchent à échapper à une relation de violence abandonnent la réserve pour trouver à s'héberger hors réserve :

> L'absence de logements adéquats et abordables est l'un des principaux problèmes des femmes autochtones vivant hors des réserves. Ironiquement, de nombreuses femmes autochtones vivent à l'extérieur des réserves parce qu'elles ont dû quitter leur réserve en raison de la pénurie chronique de logements qui y sévissait. Les participantes aux groupes de discussion pensent que la situation a atteint des proportions critiques.[197]

Voici un exemple du type de situations extrêmes dans lesquelles peuvent se trouver les femmes des Premières nations, en raison de l'absence de logement dans les réserves et hors réserve :

> Une femme autochtone s'est suicidée plus tôt cette année après que les autorités lui eurent retiré ses enfants. La femme, qui avait cinq enfants, a été obligée de quitter la réserve à cause de la pénurie chronique de logements. Elle n'a toutefois pas pu trouver un logement abordable hors de la réserve. À cause de sa situation financière, elle devait vivre dans une maison de chambre exiguë avec ses cinq enfants. Elle a demandé de l'aide aux autorités pour trouver un logement abordable pour elle et ses enfants. Les autorités ont répondu en prenant les enfants à charge. À ce moment, la femme a malheureusement perdu tout espoir et s'est enlevé la vie.[198]

L'absence de ressources pour les femmes qui se retrouvent dans une situation de violence signifie que les femmes se trouvent piégées dans une relation à laquelle elles préféreraient échapper. Une femme a déclaré que son mari l'avait battue toute sa vie, mais qu'elle était restée avec lui parce qu'elle n'avait nulle part où aller. Elle a déclaré

---

[197] Mavis A. Erickson, « Où sont les femmes? : Rapport de la Représentante spéciale sur la protection des droits des femmes des Premières nations », 12 janvier 2001, p. 68.

[198] *Ibid.*, p. 68.

que s'il y avait eu un refuge dans la réserve ou à proximité, elle se serait échappée plusieurs années auparavant. Une autre a déclaré qu'elle vivait dans une collectivité éloignée et qu'elle ne pouvait s'échapper que par avion. Cette femme estimait que si elle avait eu l'argent nécessaire pour acheter un billet d'avion, elle aurait pu s'échapper plus tôt. [199]

Il est clair qu'il faut habiliter les femmes autochtones au moyen de l'établissement d'organismes des Premières nations. Le Rapport de la Commission d'enquête sur l'administration de la justice et les peuples autochtones au Manitoba a déclaré que : [TRADUCTION] « les femmes autochtones ont dit qu'elles seraient plus disposées à porter plainte et à témoigner si on leur expliquait la procédure judiciaire et si on leur offrait un soutien sur le plan émotif durant toute l'instance».[200]

Pour régler les questions liées à la violence familiale dans les réserves, il faut adopter une approche globale et axée sur la collectivité. Cela signifie qu'il faut tenir compte de [TRADUCTION] « l'individu dans son contexte familial; la famille dans le contexte de la collectivité, et la collectivité dans le contexte plus large de la société en général ».[201] Les participantes aux groupes de discussion se sont dit d'avis qu'il était nécessaire que la collectivité entière participe au règlement des questions liées à la violence familiale. Elles ont dit préférer un modèle propre à chaque collectivité plutôt qu'une approche générique. Habiliter les femmes en diffusant l'information et en leur offrant des ressources pédagogiques constitue le point de départ du processus de guérison pour plusieurs femmes.

Recommandations de la CRPA sur la violence familiale

La Commission royale sur les peuples autochtones s'est penchée sur la question de la violence familiale dans les collectivités autochtones et entendu de nombreux témoignages sur le sujet. La Commission est arrivée à cette conclusion : « Nous sommes convaincus qu'il sera possible de rétablir les normes communautaires négligées concernant le respect envers les femmes et la protection des personnes vulnérables, grâce à l'intervention des chefs communautaires. » À la suite de cette conclusion, la Commission a fait les recommandations suivantes concernant la violence

---

[199] *Ibid.*, p. 87.

[200] *Rapport final de l'Enquête publique sur l'administration de la justice et les peuples autochtones au Manitoba*, volume 1, chap. 13 - Femmes autochtones, 29 juin 2001, p. 10.

[201] Santé Canada, Centre national d'information sur la violence dans la famille, *La violence familiale au sein des collectivités autochtones : Une perspective autochtone*, (Ottawa : Santé Canada, 1996, p. 43). Voir aussi Le Comité directeur sur la santé mentale des Autochtones (Canada) *Programme de santé mentale destiné aux Premières nations et aux Inuit* (Ottawa : Santé Canada, 1991), p. 17.

familiale dans les collectivités autochtones :

3.2.6
Que les dirigeants autochtones se prononcent publiquement et sans ambiguïté en faveur du droit à une existence exempte de violence pour tous les membres de la collectivité, mais en particulier les femmes, les enfants, les personnes âgées, les handicapés et tous les autres membres vulnérables, et qu'ils appuient une politique de tolérance zéro en ce qui concerne la violation de la sécurité physique et psychologique des Autochtones.

3.2.7
Que les gouvernements autochtones adoptent le principe de l'inclusion des femmes, des jeunes, des anciens et des handicapés au sein des conseils de direction et des organes décisionnels, les modes de représentation et de participation de ces personnes devant être ceux qu'elles jugent les plus appropriés.

3.2.8
Que la participation pleine et entière des femmes soit garantie au sein des organes décisionnels responsables de la sécurité physique et psychologique des personnes, y compris les comités de justice et les conseils d'administration des centres de guérison et des pavillons de ressourcement.

3.2.9
Que les dirigeants et les organismes autochtones qui répondent aux besoins des personnes vulnérables encouragent les collectivités à formuler, à diffuser et à mettre en application des codes de conduite communautaires qui reflètent les normes éthiques adoptées par la collectivité, et qui énoncent et renforcent la responsabilité qui incombe à tous les citoyens d'améliorer la sécurité dans les collectivités et les quartiers.

Recommandations de la CRPA en matière de droit de la famille

Tout comme les participantes aux groupes de discussion, le Rapport de la CRPA a souligné l'importance du contexte plus large des relations familiales dans lequel s'inscrivent les questions de droit familial dans les collectivités des Premières nations :

> Il est évident que la notion autochtone de famille ne comprend pas uniquement un foyer et le cercle restreint des parents immédiats, mais qu'elle englobe aussi, comme elle le faisait par le passé, une collectivité plus large et alternative qui fait le pont ou la médiation entre les individus

et le monde.[202]

L'analyse de la CRPA sur les questions de droit de la famille ayant une incidence sur les Premières nations[203] peut être résumée comme suit :

- Les experts constitutionnels ont conclu, en se fondant sur le principe de common law de la continuité, que certains aspects du droit coutumier en matière de droit de la famille s'appliquent toujours;
- Le droit coutumier sur le mariage et l'adoption a été confirmé par la jurisprudence canadienne, malgré des textes législatifs que l'on pourrait considérer comme l'ayant abrogé;
- Reconnaissant qu'il va peut-être s'écouler un certain temps avant que soient mis en place l'autonomie gouvernementale intégrale et un nouveau régime de propriété des terres autochtones, la CRPA a recommandé que le législateur fédéral adopte entre-temps une loi sur la reconnaissance et le gouvernement des nations autochtones pour expliciter ce qui est implicite dans l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, à savoir que les nations autochtones constituent un ordre de gouvernement au sein de la fédération canadienne et qu'elles peuvent exercer leurs pouvoirs législatifs dans les domaines qu'elles jugent être au centre de leur champ de compétence;
- Le droit de la famille relève de la compétence inhérente à l'autonomie gouvernementale autochtone et, à ce titre, peut être exercé sans la négociation d'une entente sur l'autonomie gouvernementale.

Parce que le droit coutumier dans certains secteurs relatifs à la famille a été remplacé par des lois fédérales et provinciales, et compte tenu de l'importance fondamentale de la famille et des rapports familiaux, il est probable que les peuples autochtones voudront adopter leurs propres textes législatifs le plus rapidement possible.[204]

Les recommandations de la CRPA privilégient clairement la reconnaissance d'une compétence autochtone inhérente à l'adoption de lois relatives aux questions de droit de la famille en général, et considèrent l'exercice de cette compétence comme la façon la plus rapide d'assurer que l'on mette au point le plus rapidement possible des dispositions juridiques adaptées à leur culture. L'exercice de cette compétence est considéré comme la meilleure façon de prendre les mesures requises dans l'immédiat pour régler le sérieux problème de vide juridique concernant les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Cette compétence inhérente serait exercée en attendant la négociation d'ententes sur l'autonomie gouvernementale plus globales (qui

---

[202] Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, (1997) vol. 3, chap. 2, partie 4, CD ROM CRPA, dossier 624.

[203] Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, (1997) vol. 3, chap. 2, partie 4.

[204] Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, (1997) vol. 3, chap. 2, partie 4.

pourraient traiter de questions connexes telles que la gestion foncière en général et les successions et testaments).

Plus précisément, la CRPA a recommandé ce qui suit en ce qui a trait au droit de la famille :

3.2.10
Que les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux reconnaissent sans tarder que le droit de la famille appartient généralement au champ de compétence des gouvernements autochtones autonomes et que les nations autochtones peuvent prendre des initiatives dans ce domaine sans obtenir au préalable l'accord du fédéral, des provinces ou des territoires.

3.2.11
Que les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux reconnaissent la validité du droit coutumier autochtone dans le domaine du droit de la famille, notamment en matière de mariage, de divorce, de garde et d'adoption d'enfants, et qu'ils modifient leurs lois en conséquence.

3.2.12
Que les nations ou organisations autochtones consultent les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux dans les domaines du droit de la famille en vue :

a) de modifier certaines dispositions législatives pour résoudre les anomalies rencontrées dans l'application du droit familial aux autochtones et combler les lacunes actuelles;
b) d'élaborer des mécanismes de transfert de responsabilité aux autochtones dans le cadre de l'autonomie gouvernementale;
c) de régler des questions d'intérêt mutuel concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions de leurs organes judiciaires respectifs.

3.2.13
Que, dans le but de prendre des initiatives dans le domaine du droit de la famille ou dans le cadre de l'autonomie gouvernementale, les nations ou les collectivités autochtones créent des comités, avec la pleine participation des femmes, qui seraient chargés d'examiner certaines questions, notamment :

a) les intérêts des membres de la famille dans les biens familiaux;
b) le partage des biens en cas d'échec du mariage;
c) les facteurs à prendre en considération pour déterminer l'intérêt de l'enfant, dans la mesure où cette notion s'applique à la garde et à l'adoption chez les autochtones;
d) les droits de transmission des biens par testament ou par voie de

succession ou de succession ab intestat;

e) les obligations alimentaires envers le conjoint et les enfants.

Projet de code relatif à la violence contre les femmes indiennes (États-Unis)

Aux États-Unis, on reconnaît que les nations indiennes ont une compétence en matière pénale exercée par l'intermédiaire des tribunaux tribaux. Un projet récemment mis en oeuvre par la *National American Indian Court Judges Association* (NAICJA) a analysé les codes tribaux existants traitant de la violence faite aux femmes indiennes (le *Violence Against Women Code Project*). La NAICJA a mis au point des normes pour évaluer les codes relatifs à la violence contre les femmes et examiné quelque quarante codes tribaux en matière de violence familiale. Aucun des quarante codes ne répond à toutes les normes mises au point par la NAICJA, mais cinq étaient considérés comme de bons exemples, puisqu'ils respectaient plusieurs de ces normes.[205] Ces codes relèvent plutôt du droit pénal et ne semblent pas traiter de recours civils tels que la possession exclusive du foyer conjugal. La NAICJA a récemment rédigé un code type en matière de violence familiale.

Ce code type du 28 janvier 2002 définit la « violence familiale » d'une façon qui tient compte de la conception large des relations familiales qui caractérise plusieurs Premières nations :

> [TRADUCTION] La « violence familiale » signifie les mauvais traitements, l'angoisse morale, l'atteinte physique, les blessures corporelles, les voies de fait ou le fait de provoquer une crainte raisonnable de subir des blessures corporelles entre des membres de la famille ou du foyer, ou l'agression sexuelle commise par un membre de la famille ou du foyer contre un autre. Toutes les formes de menaces, violence, voies de fait, agression physique ou sexuelle contre un adulte, un enfant, une personne âgée ou autres énumérées dans le Code pénal tribal ou dans la pratique locale en matière d'application de la loi sont des délits pouvant être qualifiés de violence familiale.[206]

Les travaux de la NAICJA ont été réalisés grâce à une subvention du *Department of Justice Violence Againts Women Office* fédéral visant à aider les gouvernements tribaux à régler la question de la violence contre les femmes. Ce programme vise à encourager l'élaboration de codes comprenant le pouvoir de rendre des ordonnances civiles de protection ainsi que d'autres stratégies d'application de la loi et de services d'assistance

---

[205] On peut trouver de l'information sur le *Violence Against Indian Women Code Project* et des exemples des codes qui sont considérés comme de bons exemples sur le site Internet de la *National American Indian Court Judges Association* à l'adresse *http://www.naicja.org*. On y trouve également les cinq codes considérés comme les meilleurs.

[206] National American Indian Court Judges Association, *Model Domestic Violence Code*, *http://www.naicja.org*.

aux victimes.[207]

Conclusions

Le concept même de « biens immobiliers matrimoniaux » suppose des droits et des intérêts individuels concurrents sur les terres, le foyer conjugal et d'autres « biens » familiaux. Cette conception n'est généralement pas compatible avec les traditions et les valeurs communautaires des Premières nations en matière de biens ou de famille.

La *Loi sur les Indiens* a eu de nombreuses répercussions culturelles défavorables sur l'intégrité des collectivités des Premières nations, la situation des femmes et leur rapport avec la terre. L'introduction et l'imposition de droits fonciers individuels, combinée au parti pris patriarcal dans des domaines tels que le statut d'Indien, l'appartenance aux bandes et l'octroi de parcelles individuelles de terres de réserve, ont donné lieu à de nombreuses tensions culturelles et soulevé des questions de principe complexes ayant une incidence sur les questions des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves à presque tous les égards.

Pour la plupart des femmes des Premières nations dans les réserves, l'effet global du système juridique canadien actuel (les partis pris coloniaux et patriarcaux de la *Loi sur les Indiens* fédérale sur une longue période, l'absence de dispositions législatives fédérales, provinciales ou des Premières nations applicables à l'égard des biens immobiliers matrimoniaux, la non-application dans les réserves de certaines dispositions législatives en matière de protection contre la violence familiale, les décisions des conseils de bande concernant l'appartenance à la bande, l'attribution des logements et des terres, l'absence de logements et de terres dans plusieurs réserves et les problèmes liés à l'application des lois fédérales, provinciales et des Premières nations) se traduit trop souvent par une absence de protection et une absence de recours juridiques fondamentaux comparativement à la situation des Autochtones et des non-Autochtones hors réserve.

Il y a plusieurs régimes juridiques distincts qui régissent les questions foncières dans les réserves : la *Loi sur les Indiens*, la *LGTPN* et de nombreuses ententes sur l'autonomie gouvernementale et les revendications territoriales. Il y a également plusieurs avis juridiques sur la mesure dans laquelle la Constitution canadienne permet l'exercice d'une compétence inhérente des Premières nations sur les questions de droit de la famille, indépendamment des ententes sur l'autonomie gouvernementale conclues entre une Première nation donnée et le gouvernement fédéral.

La situation juridique des Premières nations dans tout le pays en ce qui concerne les biens immobiliers matrimoniaux varie suivant le régime juridique qui régit les questions foncières dans leurs collectivités et la mesure dans laquelle celui-ci permet l'exercice

---

[207] On trouvera des renseignements sur le programme de subventions dans le *Catalog of Federal Domestic Assistance* à l'adresse *http://aspe.os.dhhs.gov/CFDA*.

d'une compétence de la Première nation (inhérente ou déléguée) ou l'adoption ou l'incorporation des lois provinciales en matière de droit de la famille.

Sans égard à la question de la compétence inhérente des Premières nations, l'état actuel du droit et de la politique fédérale en ce qui a trait aux biens immobiliers matrimoniaux peut être résumé comme suit :

1. Aucune disposition de la *Loi sur les Indiens* ne traite expressément de la question des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves;
2. Les lois provinciales et territoriales en matière de biens matrimoniaux ne peuvent s'appliquer pour modifier les droits octroyés à des personnes en vertu de la *Loi sur les Indiens* dans les terres de réserve non cédées, y compris les intérêts sur ces terres qui relèvent des biens matrimoniaux de la province ou du territoire en cause (à moins que l'application de ces lois à une réserve donnée ne fasse l'objet de négociations dans le cadre d'une entente sur l'autonomie gouvernementale ou les revendications territoriales);
3. Les lois provinciales et territoriales en matière de biens matrimoniaux peuvent s'appliquer à des droits à bail sur des terres de réserve désignées;
4. Dans le cadre de la politique fédérale actuelle, le seul choix qui s'offre aux Premières nations pour se soustraire à la situation qui prévaut actuellement en vertu de la *Loi sur les Indiens* et son silence sur la question des biens immobiliers matrimoniaux, c'est de conclure une entente afin d'être assujettie à la *LGTPN* ou de conclure une entente sur l'autonomie gouvernementale ou les revendications territoriales (lorsque ces négociations sont ouvertes à la Première nation en cause).

En examinant de nouvelles politiques, de nouveaux programmes ou de nouvelles initiatives législatives (fédérales ou des Premières nations) en ce qui a trait aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves, on trouvera plusieurs considérations de principe importantes à prendre en compte découlant de l'analyse des questions juridiques et politiques que nous avons menée dans le présent document. La liste qui suit ne prétend pas être exhaustive.

1. <u>Différents régimes de gestion foncière dans les réserves</u>

Dans une perspective nationale, il y a, en termes généraux, trois catégories différentes de situations en ce qui a trait à la gestion des terres de réserve : 1) les réserves assujetties à la *Loi sur les Indiens*; 2) les réserves qui ont choisi le régime de la *LGTPN* et qui sont régies par des codes de gestion foncière élaborés par la Première nation et 3) les réserves appartenant à des Premières nations qui ont négocié des ententes sur l'autonomie gouvernementale ou en matière de revendication territoriale qui prévoient de nouveaux régimes de gestion foncière (et d'autres aspects de l'autonomie gouvernementale). Il y a également des Premières nations qui sont en transition entre ces situations en raison de négociations en cours sur l'autonomie gouvernementale ou l'assujettissement à la *LGTPN*.

Toute initiative à l'égard des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves doit prendre en compte ces différents régimes juridiques, ainsi que la situation et les besoins différents des femmes des Premières nations dans chaque cas.

Par exemple, les collectivités qui relèvent de la *LGTPN* doivent adopter des textes législatifs concernant le partage des biens immobiliers matrimoniaux en cas d'échec du mariage dans le cadre d'un code de gestion foncière globale. Dans ces collectivités, le pouvoir décisionnel appartient clairement à la direction de la Première nation qui doit examiner cette question et agir comme le prévoit la *LGTPN*. Pour ce qui est des collectivités assujetties à la *Loi sur les Indiens* d'autre part, la loi est muette sur la question et ne reconnaît aucun pouvoir législatif exprès dans le domaine du partage des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Il se pourrait que ces Premières nations jouissent d'un pouvoir inhérent en l'absence de législation fédérale sur le sujet. Il en résulte que la question des biens immobiliers matrimoniaux est laissée pour compte dans la vaste majorité des réserves des Premières nations assujetties au régime de gestion foncière de la *Loi sur les Indiens*.

Une autre constatation importante est que les différences entre ces divers régimes juridiques signifient que les questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves sont traitées de façon plus globale dans certaines collectivités que dans d'autres.

2. Source et étendue du pouvoir législatif

Une question importante à laquelle il faut répondre est celle de savoir s'il y a lieu de laisser uniquement à la Première nation le pouvoir législatif (poursuivant et élargissant l'approche adoptée en vertu de la *LGTPN*), ou s'il est nécessaire ou désirable d'adopter une législation nationale qui respecte les principes politiques énoncés dans le présent document.

La réponse à cette question pourrait dépendre de l'opinion que l'on se fait de l'utilisation appropriée de la compétence législative fédérale en application du paragraphe 91(24) ou d'un autre chef de compétence fédérale. L'Assemblée des Premières nations a par le passé défendu la position voulant que le gouvernement fédéral ne peut (compte tenu de ses engagements en matière d'autonomie gouvernementale et de ses obligations constitutionnelles envers les peuples autochtones) adopter de loi ayant une incidence sur les droits et intérêts des Premières nations sans le consentement de celles-ci. Certains défenseurs des femmes des Premières nations, d'autre part, ont affirmé que le gouvernement fédéral avait l'obligation de veiller à ce que les femmes des Premières nations aient accès à la même protection et aux mêmes recours que les femmes hors réserve en ce qui a trait aux biens immobiliers matrimoniaux, et que cette obligation comprend l'adoption de lois fédérales à cette fin.

Si on doit reconnaître des pouvoirs législatifs aux Premières nations dans ce domaine, la question de la portée d'un tel pouvoir est importante. Traiter adéquatement de

questions concernant les biens immobiliers matrimoniaux sur les réserves impliquera davantage que l'ajout d'une simple ligne aux pouvoirs de règlements stipulés dans la *Loi sur les Indiens*. Une attention particulière doit être accordée à la description du pouvoir législatif requis et aux implications de l'autorité d'une Première nation en ce qui a trait à la terre et au droit de la famille en général.

3. Incidence sur d'autres secteurs du droit

Les initiatives législatives ayant trait aux biens immobiliers matrimoniaux doivent tenir compte d'autres secteurs du droit, et de la façon dont ceux-ci peuvent ou devraient être touchés, par exemple les successions et testaments, le mariage et le divorce.

Toute réforme fédérale proposée devrait envisager la participation éventuelle, sur les plans juridique et politique, des collectivités assujetties au régime de la *LGTPN* et d'autres collectivités engagées dans la négociation d'ententes sur l'autonomie gouvernementale ou d'ententes relatives à la *LGTPN*.

4. Préoccupations en matière d'égalité des sexes

Le concept de l'égalité des sexes soulève plusieurs questions de principe compte tenu des opinions divergentes sur ce qu'elle signifie et ses conséquences pour les collectivités des Premières nations. L'égalité des sexes dans le contexte des Premières nations est particulièrement difficile à « mettre en contexte » dans une situation où les Premières nations doivent composer avec plusieurs concepts juridiques et politiques extérieurs imposés par d'autres paliers de gouvernement. Pour procéder à une analyse de l'égalité des sexes dans le contexte des Premières nations, il faut prendre en compte l'ensemble des questions en matière d'égalité auxquelles font face les femmes des Premières nations et définir des moyens d'habiliter les femmes et leurs collectivités. Par exemple, il faut reconnaître que la vulnérabilité des femmes des Premières nations et de leurs enfants en cas d'échec du mariage ou de la relation est aggravée par les troubles d'ordre culturel et, dans certains cas, la violence familiale.

5. Les intérêts des enfants

Les intérêts des enfants en cas d'échec du mariage ou de l'union de fait, ou de la relation entre conjoints de même sexe, devraient être primordiaux. À cet égard, le besoin d'un toit, d'un environnement familial stable et du soutien parental comptent parmi les facteurs importants, ainsi que le droit de demeurer au sein de la collectivité et d'avoir accès à la culture et à la collectivité de l'enfant. Ces objectifs peuvent être difficiles à atteindre lorsque le parent qui a la garde ne partage pas le même statut juridique que l'enfant en ce qui a trait à l'appartenance à la bande. La façon dont le principe juridique de « l'intérêt supérieur de l'enfant » s'applique dans le contexte des Premières nations est l'une des principales préoccupations d'ordre politique des femmes des Premières nations.

6. Besoins de ressources et de capacités des femmes au niveau de la collectivité

Même lorsque les autorités d'une Première nation sont légalement tenues de traiter de la question des biens matrimoniaux dans la réserve, il n'est pas certain que les femmes de la réserve bénéficient des conditions nécessaires pour participer de façon significative aux débats dans la collectivité et obtenir les renseignements nécessaires pour influer sur la teneur des textes législatifs qui seront adoptés par la Première nation dans ce secteur de manière à ce qu'ils répondent à leurs besoins.

Les femmes des Premières nations ont collectivement besoin d'information sur l'état actuel du droit dans ce domaine ainsi que d'une aide et d'un soutien afin de pouvoir participer à tout processus de réforme, quelque soit le palier de gouvernement. Le rôle du gouvernement fédéral dans le financement des organismes de femmes des Premières nations ou de services juridiques communautaires pour s'acquitter de ces tâches doit être examiné.

7. Portée des relations

Il faut déterminer la portée de toute initiative proposée ayant une incidence sur les droits des couples de sexes opposés dans les réserves, qu'ils soient mariés en vertu du droit provincial, du droit traditionnel autochtone ou en union de fait. En même temps, le concept de la famille et les droits des conjoints de fait et des conjoints de même sexe continue à évoluer en vertu des lois provinciales et fédérales dans plusieurs secteurs, y compris en ce qui a trait au mariage et aux biens matrimoniaux. En examinant le traitement réservé aux conjoints de fait, il faut se pencher sur la question de savoir si le droit des biens matrimoniaux devrait s'appliquer, et si c'est le cas, de façon obligatoire ou facultative.

La situation différente des personnes dans les réserves en ce qui a trait au statut d'Indien, à l'appartenance à la bande ou à la citoyenneté d'une Première nation doit être prise en compte car elle peut avoir une incidence sur la capacité de détenir certains droits immobiliers dans la réserve et la capacité de faire exécuter un jugement contre un époux « indien » vivant dans la réserve.

8. Pénurie de logements et de terres

La grave pénurie de logements et de terres qui se prêtent au logement est malheureusement une réalité pour plusieurs Premières nations. Dans cette situation, il y a un besoin criant d'offrir de l'aide et des conseils aux couples sur leurs droits et leurs intérêts juridiques et la meilleure façon de traiter des droits et des intérêts des deux parties. Il faut notamment souligner qu'il est essentiel d'établir des lignes directrices claires sur le plan juridique, qu'elles soient d'origine fédérale ou des Premières nations, dans les situations où le logement fait défaut. Il faut tenir compte des différents processus d'attribution des terres qui sont utilisés, soit sous le régime de la *Loi sur les Indiens* ou selon des régimes d'attribution fondés sur la coutume, ainsi que de la situation des personnes vivant sur des terres louées ou appartenant à la bande.

En outre, les différents types de situations de logement dans les réserves doivent être pris en compte : le logement social appartenant à la bande, ou les maisons privées construites sur des terres détenues en vertu d'un certificat de possession au nom de l'un ou des deux conjoints, ou sur une terre appartenant à la bande.

9. Recours juridiques et règlement extrajudiciaire des différends

Il faut examiner la nécessité d'avoir accès rapidement à des recours tels que les ordonnances provisoires visant la possession du foyer conjugal ainsi que les questions liées à leur application, en particulier pour les femmes qui se trouvent dans une situation de violence familiale et celles qui sont responsables au premier chef du soin des enfants. Au bout du compte, un ensemble complet de recours (p. ex. initiatives juridiques, programmes et logements) doivent être examinés, plutôt qu'une ou plusieurs options législatives seulement.

Les obstacles auxquels plusieurs membres des Premières nations sont confrontés lorsqu'ils veulent avoir accès aux tribunaux (p. ex. en raison de l'éloignement du centre urbain où se trouve le tribunal, de restrictions financières, d'un accès limité aux ressources en matière d'aide juridique, de l'absence de connaissances du système juridique d'origine européenne, du peu de familiarité avec les tribunaux canadiens dans le contexte culturel des Premières nations) constituent un autre facteur dont il faut tenir compte. Il y a plusieurs opinions divergentes quant à savoir si cette question devrait faire l'objet de mécanismes de règlements extrajudiciaires des différends établis par une loi fédérale (tel un tribunal spécialisé pouvant intervenir dans les litiges en matière de biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves), ou si elle devrait être abordée dans le contexte plus large de l'administration de la justice par les Premières nations (telles que les propositions d'un système judiciaire des Premières nations), ou encore si elle devrait faire l'objet d'initiatives plus limitées au niveau de la collectivité, telles que les conseils d'aînés.

10. Aide juridique et services de médiation dans la collectivité

Ce sont surtout les personnes disposant des ressources suffisantes pour retenir les services d'un avocat afin d'être informées de leurs droits et de la façon de protéger leurs intérêts qui ont recours aux tribunaux pour se prévaloir de la loi. À elles seules, les modifications législatives ne répondront pas au besoin d'aider les couples à résoudre les litiges en matière de biens immobiliers matrimoniaux à l'amiable plutôt que dans le cadre d'une instance judiciaire coûteuse.

L'accès limité des femmes des Premières nations aux services communautaires d'aide juridique et de médiation doit également être pris en compte. Plusieurs provinces ont effectué des compressions budgétaires dans ces services. Les services de médiation doivent tenir compte du contexte culturel particulier à une Première nation et de la vulnérabilité des femmes placées dans des situations de violence familiale. Lorsque la

loi exige la médiation, on devrait envisager la capacité des personnes d'acquitter le coût de ces services.

11. Partage d'informations et consultation

Il est aussi important de mieux faire comprendre les questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux au sein des collectivités et de procéder en temps opportun et de manière appropriée à des consultations populaires afin d'examiner les options législatives et non législatives qui se présentent.